

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

- FACULTAD DE DERECHO -

MÁSTER UNIVERSITARIO DE DERECHO PRIVADO - ITINERARIO DE DERECHO CIVIL

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER



**LA INEXACTITUD REGISTRAL DERIVADA DE LA
INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO FALSO**

Apuntes para la defensa del *verus dominus*

ALUMNO: JOSÉ LUIS TORANZOS CHAVERA

TUTORA: TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARIS

CONVOCATORIA: SEPTIEMBRE 2014

CALIFICACIÓN: SOBRESALIENTE (9)

TRIBUNAL: CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ,
CRISTINA FUENTESECA DEGENEFFE, PATRICIA
REPRESA POLO

RESUMEN:

La investigación plasmada en el presente trabajo aborda la problemática surgida en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando en los Registros Públicos (Registro de la Propiedad) se inscribe un título falso que transfiere el derecho de propiedad a un tercer adquirente en desmedro del derecho del *verus dominus*. Así, este trabajo profundiza en los argumentos para la protección del derecho de propiedad frente a la defensa de la seguridad del tráfico jurídico.

PALABRAS CLAVE:

Ley hipotecaria, derecho de propiedad, fe pública registral, inexactitud registral, título falso, buena fe, inscripción, negligencia, *verus dominus*, inexistencia, orden público.

ÍNDICE

I.	Introducción	
II.	Aspectos generales del derecho de propiedad y los Registros Públicos en el ordenamiento jurídico peruano	2
II.1	El derecho de propiedad en el Código Civil de 1984 y la Constitución Política de 1993	2
II.2	La transferencia del derecho de propiedad sobre inmuebles	6
II.3	Los principios registrales, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y el procedimiento para la inscripción del derecho de propiedad	9
II.3.1	Los principios registrales en el ordenamiento jurídico peruano	9
II.3.2	La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y sus funciones	13
II.3.3	El procedimiento para la inscripción del derecho de propiedad ante la SUNARP	14
II.4	El principio de fe pública registral	19
II.4.1	Regulación normativa y requisitos de aplicación	19
II.4.2	La falsificación de títulos y la teoría de la apariencia	22
III.	Evolución histórica del sistema registral español	31
III.1	La ley hipotecaria de 1861	31
III.2	La ley hipotecaria de 1869 y el sistema de notificaciones	38
III.3	El intento por armonizar las anteriores normas registrales: la ley hipotecaria de 1909 y su fracaso	43
III.4	Las reformas de 1944 y 1946: la base de la legislación hipotecaria vigente	46
IV.	La protección del tercer adquirente a la luz del artículo 34 de la ley hipotecaria	51
IV.1	Los Registros Públicos y la teoría de la apariencia	54
IV.1.1	La información aparente publicitada por los Registros Públicos	55
IV.1.2	La inscripción del tercero	58
IV.1.3	La adquisición del tercero a título oneroso	59
IV.1.4	La buena fe del tercero	60
IV.1.5	La culpa o negligencia del <i>verus dominus</i>	71
IV.2	La falsificación de documentos públicos y la teoría de la inexistencia	75
IV.2.1	La inexistencia en el Código Civil español	78
IV.3	La rectificación de la inexactitud registral	87
IV.4	Las acciones para la protección del <i>verus dominus</i>	90
IV.4.1	Nuestra tesis: la declaración de inexistencia del título falso y la nulidad del negocio jurídico celebrado con tercero por contrariar al orden público	90
IV.4.2	Remedios subsidiarios	98
A	La prescripción adquisitiva del bien inmueble	98
B	La indemnización por daños y perjuicios y el enriquecimiento sin causa	103
IV.5	Propuestas	104
IV.5.1	El fondo de seguro del Sistema Torrens	104

IV.5.2	La responsabilidad del notario y del registrador y la aplicación de los seguros	107
IV.5.3	El nuevo sistema de notificaciones	109
V.	Conclusiones	112

ABREVIATURAS

A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
C.c.	Código Civil
C.p.	Código Penal
L.H.	Ley Hipotecaria
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.H.	Reglamento Hipotecario
T.C.	Tribunal Constitucional
T.S.	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo estudiar el ingreso de documentos públicos falsos a los Registros Públicos para transmitir la titularidad de un bien inmueble, documentos que posteriormente serán publicitados por este organismo estatal mediante las inscripciones en los diversos inmuebles y que, a su vez, serán de público conocimiento.

Así, el supuesto sería el siguiente, A es propietario de un inmueble que diligentemente inscribió su derecho de propiedad en los Registros Públicos, donde aparece como titular registral. Posteriormente A sufre la falsificación de una escritura pública, donde X suplanta su identidad y donde aparece como vendedor a favor de B, quien también inscribe su "derecho de propiedad", por lo que amparándose en la apariencia así como la fe pública registral que brindan los Registros Públicos transfiere el inmueble a C, quien también inscribe su derecho de propiedad en los Registros Públicos, pero mientras se realizan ambas "transferencias registrales" A mantiene la posesión del inmueble.

Planteado el supuesto la discusión está servida, qué debe prevalecer ¿el derecho de propiedad o la seguridad del tráfico jurídico? ¿quién debe ser protegido por el ordenamiento jurídico? A, quien es el propietario diligente que inscribió su derecho de propiedad en los Registros Públicos o C, quien defiende su derecho en virtud de los principios de legitimación y fe pública registral. Analizaremos esta respuesta tanto desde la experiencia peruana como española.

II. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LOS REGISTROS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

II.1 EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Para comprender las acciones judiciales que el propietario puede iniciar contra las personas que lo priven de su derecho de propiedad, en este caso sobre un inmueble, es necesario determinar los alcances del derecho de propiedad en la norma sustantiva. Así, el artículo 923 del Código Civil prescribe lo siguiente:

"Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

A partir de lo prescrito en el artículo citado precedentemente, los atributos del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano son el uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien. El profesor AVENDAÑO nos clarifica estas prerrogativas señalando lo siguiente:

"Usar es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con él de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella. Usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando desea.

***Disfrutar** es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato (artículo 891). Ejemplo de los primeros son las crías de ganado; ejemplo de los frutos industriales son las cosechas o los bienes que se obtienen de la actividad fabril; y ejemplo de los frutos civiles son los intereses del dinero o la merced conductiva de un arrendamiento.*

***Disponer** es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo"*

*"Nos dice también el Código que el propietario puede **reivindicar** el bien. Reivindicar es recuperar. Esto supone que el bien esté en poder de un tercero y no del propietario. ¿A qué*

se debe esto? Muchas pueden ser las causas, desde un desalojo o usurpación, hasta una sucesión en la que se dejó de lado al heredero legítimo y entró en posesión un tercero que enajenó a un extraño, el cual ahora posee. En cualquier caso, el propietario está facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente. Por esto se dice que la reivindicación es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario (poseedor ilegítimo, habría que precisar)"¹.

Por otro lado el profesor GONZALES BARRÓN, nos indica que el derecho de propiedad otorga las prerrogativas de aprovechamiento, disposición y aseguramiento², donde prácticamente se engloban los poderes prescritos en el artículo 923 del Código Civil. Cabe señalar que el derecho de propiedad no sólo ha sido recogido en el referido texto legal, sino que también se encuentra en la Carta Magna del Perú, así como en los artículos 2 y 70 de la Constitución Política del Perú que señalan lo siguiente:

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

8. *A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la **propiedad** sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.*

(...)

16. *A la **propiedad** y a la herencia.*

(...)"

"Artículo 70º.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

La jurisprudencia peruana también se ha pronunciado sobre los alcances del derecho de propiedad, siendo el pronunciamiento más importante el expresado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias donde indica que:

¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Código Civil Comentado ", Ed. Gaceta Jurídica, tomo V, 1 Ed., Lima, 2003, pp. 187-188.

² GONZALES BARRON, Gunther. "Derecho Notarial Temas Actuales", Ed. Ediciones Legales, 1 Ed., Lima, 2001, p. 88.

"Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de nuestra Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno" (Exp. N° 00008-2003-AI/T.C.)

"La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo a partir del artículo 2°, incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70° de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley" (Exp. N° 00030-2004-PI/T.C.)

"El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 16 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo" (Exp. N° 00043-2007-AA/T.C.)

De la normativa antes citada podemos advertir el primer punto de contacto entre lo dispuesto en el Código Civil de 1984 con la Constitución Política del Perú de 1993, es que en ambos cuerpos legales se limita el derecho de propiedad por el interés social y el bien común, respectivamente. Es decir, el derecho de propiedad no puede explotarse ni aprovecharse irrestrictamente sino que, al tener un componente social, se ve limitado por su propio contenido.

En efecto, el derecho de propiedad debe ceder frente a los intereses de la sociedad y estos se encuentran regulados de manera más detallada en la Constitución Política, donde

no sólo se indica que se puede privar del derecho de propiedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, sino que además este interés debe ser declarado por ley y el afectado deberá ser indemnizado mediante justiprecio. No nos detendremos en analizar qué debe ser considerado como causa de seguridad nacional o necesidad pública, siendo ejemplos de estos casos la expropiación de inmuebles cerca de la frontera a favor de las fuerzas armadas cuando es inminente un conflicto bélico o la expropiación de terrenos adyacentes a un aeropuerto para la ampliación de la pista de aterrizaje, pero cabe preguntarnos si en tiempo de paz existe causa de seguridad nacional o qué debe entenderse como necesidad pública³.

Debemos agregar que los límites de contenido social al derecho de propiedad no sólo se circunscriben a la seguridad nacional o necesidad pública, sino que también debe valorarse si existe o no abuso del derecho propiedad, siendo necesario tener presente lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que señala que *"la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho"*⁴.

El segundo punto en contacto entre ambos cuerpos legales es el límite establecido por ley, que se encuentra íntimamente ligado a la función social de la propiedad. Precisamente la ley nace de una necesidad social con el objetivo de reglamentar ciertos

³ **GARCÍA TOMA, Víctor.** *"Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993"*, Ed. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Tomo II, Lima, 1998, p. 140. Si bien la necesidad pública es un concepto indeterminado, el autor nos proporciona una aproximación a este concepto señalando que es el conjunto de *"medidas que redunden en beneficio, ventaja o utilidad a favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población"*.

⁴ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *"Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 Ed., Lima, 2005, p. 85. En Francia merecen comentario dos casos, los cuales se resolvieron aplicando el artículo 1382 del Code, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil. El primero data de 1855 y se vio en la Corte de Colmar: un propietario levantó una inmensa chimenea, no para uso personal, porque era falsa, ya que no tenía tiro, con el solo propósito de oscurecer la morada del vecino. Se sentenció que se *"debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo"* (RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE). El segundo caso, Clément-Bayard, fue conocido por el Tribunal de Compañía, después por la Corte de Amiens en 1913 y por la Corte de Casación, en el cual un especulador compró un terreno, construyendo obras formidables con enormes puntas de acero que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían frecuentemente de un hangar vecino, para hacer vuelos de ensayo antes de la entrega, con el propósito de vender dicho terreno a un precio prohibitivo. Se falló que el titular de un derecho no puede ejercitarlo *"en vista de otro objeto que aquél para el cual ha sido reconocido por el legislador"* (RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

áreas que merecen una especial atención, ya sea por razones urbanísticas, ambientales, arqueológicas o de cualquier otra importancia. De este modo en ciertas zonas de las ciudades se puede prohibir la construcción de edificios de más de dos o tres pisos a efectos de controlar la densidad poblacional o se limita que en áreas cercanas a reservas naturales se establezcan industrias de contaminación pesada para evitar influir en la flora y fauna de dichas reservas o se impida remodelar las fachadas de los inmuebles con el fin de salvaguardar su valor histórico.

A partir de los ejemplos citados, resulta evidente que el derecho de propiedad se limita por ley, pero de ninguna manera esto significa que el propietario del inmueble afectado no lo pueda usar y disfrutar. Sí lo puede hacer, pero es necesario que este aprovechamiento se ajuste a los límites establecidos, por ello siguiendo los ejemplos antes señalados el propietario en vez de construir un edificio podrá construir un parking de estacionamiento de autos que cubra la necesidad no satisfecha en una área de alta densidad poblacional o podrá arrendar su propiedad para ver la migración de aves si se encuentra cerca de una reserva natural o podrá rehabilitar la fachada del inmueble de su propiedad, lo que le añadirá valor para una futura venta.

Por lo demás, como señala el profesor AVENDAÑO, existen cuatro caracteres que se deben apreciar conjuntamente con los atributos del derecho de propiedad expuesto en el Código Civil, que además son comunes a los demás ordenamientos jurídicos, y es que el derecho de propiedad es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo⁵.

II.2 LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE INMUEBLES

A continuación desarrollaremos la regulación del Código Civil peruano respecto a la transferencia de propiedad. Así el artículo 949 del referido código establece lo siguiente:

⁵ **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** *"Para leer el Código Civil"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 Ed., Lima, 1984, p. 103.

"Artículo 949.- *La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario*".

La mayoría de la doctrina (con la que coincidimos) se inclina por señalar, a partir de lo prescrito en el artículo 949 del Código Civil peruano, que la transmisión de la propiedad inmueble se realiza y perfecciona con el simple acuerdo de voluntades⁶; es decir, no es necesaria la tradición (o entrega del bien), y existiendo además coincidencia entre el título (contrato de compraventa) y modo (consenso), siguiendo la tradición jurídica del Código Civil francés de 1804, por lo que este sistema se configura como un sistema de transmisión consensual, donde basta el simple acuerdo de cosa y precio (contrato) para que se transfiera el derecho. Cabe señalar que lo antes expuesto se aplica únicamente a los bienes inmuebles y no para los muebles, ya que para estos además del contrato (título) se necesita la tradición (modo).

Sin embargo, otra sector de la doctrina señala que no debe equipararse el título y modo, siendo las posturas más resaltantes la tesis DE LA PUENTE Y LAVALLE quien señala que este artículo mantiene la teoría del título y modo en la transferencia de la propiedad de inmuebles y se sustenta en el hecho de que los artículos 1351 y 1402 del Código Civil establecen que el contrato es fuente creadora de obligaciones y no que crea directamente efectos reales, de lo cual deduce que el contrato es solo un título necesitando de un modo de adquisición para consumar la transferencia⁷. CASTILLO FREYRE, por su parte, señala que los contratos no transfieren ningún derecho real *"ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de las obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea el derecho real"*⁸.

⁶ **Artículo 1352 del C.c. del Perú.-** "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

⁷ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *"El Contrato en general, Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 392.

⁸ **CASTILLO FREYRE, Mario.** *"Estudios sobre el contrato de compraventa"*, Ed. Ediciones Legales, Lima, 2003. p. 20

Sin perjuicio de la discusión doctrinal respecto a si el artículo 949 del Código Civil recoge o no la distinción entre título y modo, la Corte Suprema del Perú se ha pronunciado al respecto indicando lo siguiente:

“El artículo 949 del Código Civil recoge la Teoría Francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente, con arreglo a la norma invocada, el solo intercambio de voluntades, o “solo consensus”, perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria; en el sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles. El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo a la inscripción de un inmueble en el Registro Público” (subrayado y énfasis nuestro) (CASACIÓN N° 1617-99-LIMA)

*“Que, siendo aplicables las disposiciones del derecho común, debe estarse a lo normado por los artículos mil quinientos veintinueve y novecientos cuarenta y nueve del acotado Código Civil, según los cuales el tercerista es propietario desde que nació la obligación de enajenar el inmueble sub materia, bastando para efectos de tercería conocer la fecha de transferencia en favor del actor - la que ha sido acreditada por documento público consistente en la copia certificada de la Escritura Pública de Compra-Venta de fojas tres, atendiendo a lo exigido por los artículos quinientos treinta y cinco y doscientos treinta y cinco del Código Adjetivo - y esclarecer si dicha fecha es anterior o no a la inscripción de la medida cautelar, no requiriéndose por tanto que el acto de compraventa haya sido inscrito en Registros Públicos con anterioridad a la inscripción de la medida cautelar, pues conforme a lo ya anotado, **es con el consentimiento de las partes con que se perfecciona la transferencia y no con la inscripción registral**, la que solo declara derechos mas no los constituye”* (subrayado y énfasis nuestro) (CASACIÓN N° 4094-2001 LA LIBERTAD)

Como podemos advertir, la transferencia de los bienes inmuebles, a pesar de la polémica suscitada en relación con la doctrina, en la jurisprudencia esta discusión está superada, pues se ha preferido el sistema consensual de transferencia y, por ende, declarativo del derecho de propiedad cuando se inscribe en los Registros Públicos. Sin embargo, como veremos más adelante, es preciso indicar que si bien la transferencia de propiedad opera con el solo consentimiento, la inscripción elimina el riesgo de que un tercero (inscrito y de buena fe) pueda privar de su derecho al adquirente.

II.3 LOS PRINCIPIOS REGISTRALES, LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y EL PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

II.3.1 LOS PRINCIPIOS REGISTRALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el sistema registral peruano podemos distinguir los siguientes principios aplicables al Registro de Predios:

a. Publicidad

Este principio es vital para la existencia de los Registros Públicos, porque brinda a los ciudadanos, posibles terceros hipotecarios, publicidad informativa de lo que consta inscrito en el registro, otorgándole seguridad al tráfico jurídico entre los particulares⁹.

b. Principio de rogación y de titulación auténtica

Por el principio de rogación, la inscripción en el Registro se realiza a instancia de parte; es decir, por solicitud (rogatoria) de algún administrado y nunca de oficio, salvo ciertas excepciones establecidas por ley, donde el registrador tendrá la potestad de realizar inscripciones de oficio¹⁰.

⁹ Artículo I y II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"I.PUBLICIDAD MATERIAL

El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie.

El contenido de las partidas (folios) registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo.

II.PUBLICIDAD FORMAL

El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral.

El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro".

Mientras que por el principio de titulación auténtica indica que la inscripción se realiza única y exclusivamente en virtud del título que deberá constar en instrumento público, salvo que la ley prescriba lo contrario¹¹.

c. Principio de especialidad

Este principio tiene como finalidad determinar perfectamente los bienes objeto de inscripción, sus titulares, así como el alcance y contenido de los derechos que lo afectan. Asimismo, establece la forma de ordenamiento dentro del sistema registral, obligando que cada persona o bien solamente posea una sola partida registral, habiendo optado el sistema registral peruano por la adopción del folio real¹².

¹⁰ Artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"III.PRINCIPIO DE ROGACIÓN Y DE TITULACIÓN AUTÉNTICA

Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario. La rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa.

Se presume que el presentante del título actúa en representación del adquirente del derecho o del directamente beneficiado con la inscripción que se solicita, salvo que aquél haya indicado en la solicitud de inscripción que actúa en interés de persona distinta. Para todos los efectos del procedimiento, podrán actuar indistintamente cualquiera de ellos, entendiéndose que cada vez que en este Reglamento se mencione al presentante, podrá también actuar la persona a quien éste representa, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 13, o cuando expresamente se disponga algo distinto. En caso de contradicción o conflicto entre el presentante y el representado, prevalece la solicitud de éste".

¹¹ **Artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1049.-** "Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley".

¹² Artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"IV. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquéllas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno.

En el caso del Registro de Personas Naturales, en cada Registro que lo integra, se abrirá una sola partida por cada persona natural en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles.

Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral".

d. Principio de legalidad

Los alcances de este principio no se circunscriben únicamente al ámbito registral sino que es pilar fundamental para el funcionamiento de las instituciones públicas siendo aplicado también en el campo administrativo. Este principio, en sede registral, se encuentra íntimamente ligado a la calificación de los instrumentos públicos, donde se debe respetar el cumplimiento de las formalidades establecidas por la norma¹³.

e. Principio de tracto sucesivo

A partir de este principio, las inscripciones de los derechos sobre inmuebles en el Registro de Predios, se realizan como una consecuencia lógica de lo previamente inscrito; es decir, se origina una cadena ininterrumpida de transmisiones o cargas, por ello quien pretende inscribir un derecho deberá haberlo adquirido de quien aparecía en registros con capacidad para disponerlo¹⁴.

f. Principio de legitimación

La legitimación de los asientos registrales es una cara de la misma moneda que comparte con el principio de publicidad. Es necesario que la información que brindan los registros

¹³ Artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los registradores califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción.

La calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquél, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción.

La calificación comprende también, la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho. Se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y, complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro".

¹⁴ Artículo VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"VI. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Ninguna inscripción, salvo la primera se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario".

sea exacta, es por esto que se le dota de fuerza y presunción *iuris tantum* de exactitud a toda la información que consta en el registro¹⁵.

g. Principio de fe pública registral

La fe pública registral es el principio que protege a todo tercero que inscribió su derecho cumpliendo con los requisitos de haber adquirido de buena fe y a título oneroso apoyado en el asiento previo inexacto. Es uno de los pilares sobre los que se fundamenta el ordenamiento registral peruano, por lo que si el tercer adquirente cumplió con los requisitos antes señalados gozará de un mayor grado de oponibilidad de derechos, casi infranqueable¹⁶.

h. Principio de prioridad preferente

Debemos indicar que la prioridad preferente es el principio registral que permite calificar los asientos por su fecha de presentación. Así, se tiene en cuenta la fecha y hora exacta de la solicitud de rogatoria (solicitud de presentación), puesto que cuando se proceda con la inscripción, los efectos de esta se retrotraen al momento de la solicitud¹⁷.

¹⁵ Artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"VII. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez"

¹⁶ Artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"VIII. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales".

¹⁷ Artículo IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"IX. PRINCIPIO DE PRIORIDAD PREFERENTE

Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario".

i. Principio de prioridad excluyente

Es la otra cara de la moneda respecto al principio de prioridad preferente y sirve para que el registrador excluya algún título pendiente de inscripción que sea incompatible con alguno previamente ingresado. Como hemos indicado en el literal precedente, los títulos se califican por orden de ingreso, por lo que ningún título posterior será inscrito mientras el inmediato anterior a éste no haya sido calificado y, a su vez, sea compatible con el último asiento publicitado en los Registros¹⁸.

j. Principio de oponibilidad

El sistema registral peruano no es un sistema constitutivo de derechos, sin embargo ante una confrontación de derechos y para favorecer a quien tuvo la debida diligencia de inscribir su derecho en los Registros, establece que todo lo inscrito se opone ante lo no inscrito y a la inversa lo no inscrito es inoponible a lo inscrito¹⁹, y complementa los principios de prioridad, por lo que lo inscrito con anterioridad perjudica a lo posteriormente inscrito.

II.3.2 LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP) Y SUS FUNCIONES

La actual SUNARP tiene sus orígenes en el Registro de Propiedad Inmueble que se creó por la ley de fecha 02 de enero de 1888. Posteriormente con la promulgación del Código Civil de 1936 se incluyó en el Libro IV lo referido a la regulación de los Registros

¹⁸ Artículo X del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN:

"X. PRINCIPIO DE PRIORIDAD EXCLUYENTE

No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha".

¹⁹ **Artículo 2022 del C.c. del Perú.-** "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

Públicos y la clasificación de los mismos. A continuación, en la década de 1980, se crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos, por ley 23095 de fecha 18 de junio de 1980 y se promulga el Código Civil de 1984, donde en su Libro IX se recoge los diferentes tipos de registros, que perduran hasta la actualidad, así como los principios aplicables en esta materia.

Por Decreto Ley 25993, de fecha 21 de diciembre de 1992, se crea la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles en sustitución de la Oficina Nacional de los Registros Públicos. Finalmente, por Ley 26636 publicada el 14 de octubre de 1994, es que se crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la SUNARP (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos) que tiene entre sus principales funciones y atribuciones el de dictar las políticas y normas técnico - registrales de los registros públicos que integran el Sistema Nacional, planificar y organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de actos y contratos en los Registros que conforman el Sistema²⁰.

II.3.3 EL PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE LA SUNARP

Empezaremos señalando qué actos que versan sobre propiedad inmueble son susceptibles de ser inscritos en Registros Públicos. Así nos debemos remitir a los actos prescritos en el artículo 2019 del Código Civil del Perú²¹, los cuales son: (i) Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos

²⁰ Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú
<http://www.sunarp.gob.pe/>

²¹ **Artículo 2019 del C.c. del Perú.-** "Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

- 1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
- 2.- Los contratos de opción.
- 3.- Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
- 4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
- 5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
- 6.- Los contratos de arrendamiento.
- 7.- Los embargos y demandas verosíblemente acreditados.
- 8.- Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
- 9.- Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles".

reales sobre inmuebles, (ii) Los contratos de opción, (iii) Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa, (iv) El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados. Cabe la posibilidad que también se inscriban los actos establecidos en otras normas administrativas y demás normas especiales.

Como el presente trabajo está orientado a la inscripción del derecho de propiedad en los Registros Públicos nos orientaremos únicamente a describir cómo se inscribe el contrato de compraventa²². Si bien el artículo 143° del Código Civil del Perú establece la libertad de forma de los contratos, es necesario que este contrato conste por escrito, conforme se desprende del artículo 2010 del citado cuerpo normativo, por lo que un abogado deberá redactar este acuerdo, conocido como minuta, documento privado que será entregado al notario para que lo eleve a escritura pública y constituya título inscribible que pueda ser objeto de calificación positiva por los Registros Públicos.

De lo antes expuesto, se desprende que la calificación del registrador se centrará en analizar los requisitos necesarios para que este contrato sea válido y pueda ser inscrito en los Registros Públicos, donde se distingue claramente dos etapas: la privada (antes de su presentación ante los Registros Públicos) y la registral.

a) Etapa privada

En esta etapa se deben distinguir dos momentos, la primera cuando las partes celebran el contrato de compraventa del inmueble y la segunda cuando este documento es elevado a escritura pública por el notario.

De este modo el registrador deberá advertir si el contrato o acto jurídico cumple con los requisitos generales aplicados a todos los contratos, los que se encuentran prescritos en

²² Como hemos señalado en el punto II.2, el contrato de compraventa de inmuebles es el acuerdo voluntades entre vendedor y comprador, donde el primero se obliga a la transferencia del derecho de propiedad de un bien inmueble y el segundo a pagar el precio acordado. Estas son las obligaciones indispensables para que se configure contrato como tal, pero también se puede añadir otras obligaciones adicionales (plazo para realizar el pago, garantías otorgadas, etc.)

el artículo 140 del Código Civil del Perú²³. Así, el referido artículo literalmente establece lo siguiente:

"Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3.- Fin lícito.*
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".*

En líneas generales, el agente capaz será la persona que tiene plena capacidad de goce y de ejercicio, el objeto física y jurídicamente posible se considera cuando el objeto sobre el que versa el contrato necesariamente debe ser realizable y la relación jurídica debe ser conforme con el ordenamiento jurídico, el fin lícito del objeto se basa en que sólo se puede contratar sobre supuestos legales permitidos, que a su vez no atenten contra normas de orden público o las buenas costumbres. Finalmente, que el acto guarde conformidad con la forma prescrita por ley es que el acto se perfecciona con el total cumplimiento de las formalidades legales.

Por otra parte, es necesario que el registrador también valore si este contrato cumple los requisitos para ser considerado instrumento público. En ese sentido, para la creación del instrumento público es indispensable que el documento privado adquiera esta calidad mediante la actuación del notario que lo convierte en escritura pública. Así el artículo 5 del Decreto Legislativo 010-2010-JUS literalmente establece lo siguiente:

"Artículo 5.- De la función

La función fedante y formalizadora de instrumentos protocolares y extra protocolares que realiza el notario implica la labor de orientación imparcial a los usuarios a que se refieren los artículos 27 y 99 del Decreto Legislativo, de calificación de la legalidad, del otorgamiento del acto o contrato que se solicita; correspondiéndole, la facultad de solicitar la presentación de requisitos, instrumentos previos o comprobantes que acrediten el cumplimiento de obligaciones tributarias, que sean necesarios para la

²³ En este punto sólo nos referimos a la actuación del registrador porque estamos describiendo el procedimiento registral para la inscripción del derecho de propiedad, sin embargo, el notario es el primero que tiene la obligación de verificar si el contrato celebrado por las partes cumplen con los requisitos previstos legalmente, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1049.

formalización del acto o contrato. En ningún caso, en su condición de notario está facultado a emitir resoluciones. La función cautelar y preventiva que cumple el notario implica que en la facción de los instrumentos públicos notariales cumpla con las regulaciones que rigen para cada uno de los casos" (subrayado y énfasis nuestro)

Resulta pertinente indicar que en el Perú los notarios cumplen una función pública y a la vez una actividad privada. Lo público se deriva del mandato legal donde se les confiere una serie de potestades y competencias para otorgar fe pública y controlar la legalidad de varios actos y así ayudar a aumentar la seguridad jurídica, pero a la vez poseen una actividad privada pues el notario conserva en un régimen privado el poder de dirección empresarial y la administración de sus bienes y rentas, no sujetándose a algún ente administrativo que disponga de los mismos, lo cual permite que sea capaz de regular las tarifas que serán cobradas como contraprestación por los servicios brindados a los particulares.

b) Etapa registral

El procedimiento registral se inicia con la presentación del título (instrumento público) en la mesa de partes de la SUNARP por parte del adquirente del derecho o del directamente beneficiado por la inscripción, salvo que éste haya indicado en la solicitud de inscripción que actúa en interés de persona distinta. A todo título se le adjuntará necesariamente una solicitud de inscripción de título debidamente cumplimentada que será archivada por el funcionario de SUNARP y una copia para el solicitante que servirá como constancia de cargo de los documentos presentados, ya que ante un supuesto desistimiento de la rogatoria o alguna tacha que acarree la devolución de la documentación, la SUNARP tendrá la obligación de devolver íntegramente los documentos presentados. No debemos dejar de mencionar que conjuntamente con la presentación se deberá abonar los derechos registrales consistente en derechos de calificación y de inscripción.

Así, podemos señalar que las principales actuaciones que deberá realizar el registrador son verificar:

- Si es un acto inscribible y los requisitos de validez del acto.

- Las formalidades propias del título íntimamente vinculado a la actuación del notario (partes contratantes, fechas de la minuta, fecha de la escritura pública, firmas, poderes de representación)²⁴.
- La competencia del funcionario administrativo o notario que certifica o autoriza el título inscribible.
- El antecedente registral donde se encuentra inscrito el inmueble materia de la compraventa.
- Si el precio de venta ha sido cancelado en su totalidad o parcialmente. En ambos casos se deberá determinar la forma de pago utilizada, pero en el caso que haya sido pagado parcialmente deberá indicarse el plazo y forma de pago que se utilizará para cancelar totalmente el bien.
- El pago de los tributos, impuesto predial y alcabala²⁵.

Una vez realizada la verificación de las características antes indicadas el registrador tendrá las siguientes opciones:

CARACTERÍSTICAS DEL TÍTULO QUE SE PRETENDE INSCRIBIR	PRONUNCIAMIENTO DEL REGISTRADOR	INDICACIONES
Si posee algún vicio subsanable.	Observará el título.	En la esquila de observación el registrador indica el vicio incurrido, la base legal que lo sustenta y la forma de subsanarlo.
Si no posee vicio subsanable y se han	Inscribirá el título.	El registrador extiende una constancia de

²⁴ **Artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1049.-** "La redacción de la escritura pública comprende tres partes:

a) Introducción.
b) Cuerpo; y,
c) Conclusión".

²⁵ El impuesto predial es aquel tributo que se aplica al valor de los predios urbanos y rústicos. Se consideran predios a los terrenos, las edificaciones (casas, edificios, etc.) e instalaciones fijas y permanentes (piscina, losa, etc.) que constituyen partes integrantes del mismo, que no puedan ser separados sin alterar, deteriorar o destruir la edificación. Mientras que el impuesto de alcabala grava las transferencias de inmuebles urbanos y rústicos, a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, incluyendo las ventas con reserva de dominio.

pagado todos los derechos registrales.		inscripción en la partida (folio) registral.
Si no posee vicio subsanable pero no se han pagado todos los derechos registrales.	Extenderá la esquila de liquidación.	En la esquila de liquidación se detalla el monto pendiente de pago.
Si no es un acto inscribible o si este contiene defectos insubsanables.	Tachará el título.	Esta tacha deniega la inscripción y puede ser objeto de apelación ante el Tribunal de los Registros Públicos, la decisión de éste agota la vía administrativa pudiendo ser impugnada judicialmente.

Como hemos podido advertir, la función calificadora del registrador es harto compleja, puesto que debe analizar detalladamente la validez del acto desde el momento en que las partes celebran el contrato de compraventa hasta la posterior actuación del notario; es decir, realiza un análisis de fondo y forma del contrato.

II.4 EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

II.4.1 REGULACION NORMATIVA Y REQUISITOS DE APLICACIÓN

El principio de fe pública registral se encuentra regulado en el artículo 2014 del Código Civil del Perú, que literalmente establece lo siguiente:

*"Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.
La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".*

Sobre este particular, del propio texto del referido artículo, podremos advertir que los requisitos para la aplicación del principio anotado son los siguientes:

a) La existencia de un tercero que adquiera el predio válidamente y a título oneroso

El tercero al que se refiere el citado artículo debe ser una persona distinta de las partes que intervinieron en el título predecesor inscrito. Sin perjuicio de esto, el acto por el que adquiere el tercero debe ser válido; es decir, debe cumplir con los requisitos prescritos en el artículo 140 del Código Civil del Perú. La onerosidad del acto adquisitivo resulta de vital importancia en la medida que se configura como un indicativo de que no se ha realizado ningún acto simulado o fraude.

b) El tercero debe adquirir de quien tiene facultades para disponer del derecho

Este elemento objetivo, reposa en la confianza que otorga el Registro, por lo que debe haber celebrado el acto traslativo con la persona que aparecía en el registro como titular del predio y de cuya inscripción emane además las facultades que tiene para celebrar tal acto.

c) La buena fe del tercero

Este elemento subjetivo reposa en el desconocimiento del tercero respecto de la inexactitud registral, es decir, que este último no conozca impedimentos sobre la calidad de su transferente. No existe unanimidad respecto a qué clase de buena fe se debe exigir al tercero, si ésta es buena fe-diligencia o buena fe-desconocimiento, más adelante nos referiremos al respecto cuando abordemos el tema de la falsificación de títulos.

d) Que en los Registros Públicos no consten causales de nulidad o ineficacia del acto del otorgante

Se trata de un dato objetivo del Registro, por lo que hasta el momento en que el tercero pretende inscribir el predio no debe existir inscrito (o en el título que dio mérito a esa inscripción) la causa de nulidad o ineficacia del acto jurídico predecesor inscrito.

e) Que el título se inscriba

Para que el tercero registral goce de los efectos del principio de fe pública registral deberá inscribir su derecho.

La aplicación de los requisitos antes descritos ha sido recogido por la jurisprudencia peruana que se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre los alcances del artículo 2014 del citado cuerpo de leyes, indicando lo siguiente:

*"El artículo 2014 se refiere a la publicidad registral, que sirve para llevar a conocimiento de la colectividad determinados hechos jurídicos, pero va más allá, pues protege al tercero de buena fe, que adquiere a título oneroso de quien en el registro aparece con facultad para otorgarlo, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante. La fe registral opera respecta de los datos registrados referentes a la existencia, contenido y titularidad de los derechos reales inscritos y se establece una presunción iuris tantum a favor del tercero de buena fe, con el añadido que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía de la inexactitud de la inscripción registral. **Tercero en lenguaje jurídico es la persona que pueda desconocer un cambio no inscrito. Tercero es la persona que desconoce la discrepancia entre el asiento registral y la realidad. Tercero es la persona que no es sujeto del cambio real no transcrito en el registro, pero que ha adquirido derecho sobre la cosa por parte de quien aparece en el registro como titular, añadiéndole la ley, como requisito de validez, que se haya adquirido a título oneroso y de buena fe**" (CASACIÓN N° 2199-06-LAMBAYEQUE).*

*"El artículo 2014 del Código Civil, consagra el principio de fe pública registral que, para su configuración, exige la concurrencia copulativa de determinados requisitos, como son: **a) que el adquirente sea a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro (presunción iuris tantum); c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) que el adquirente inscriba su derecho, y; e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos en los Registros Públicos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante.** Este principio busca proteger al tercero que ha adquirido, de buena fe, un derecho de quien finalmente carecería de capacidad para otorgarlo, lo que implica la búsqueda de la seguridad en el tráfico inmobiliario, y que supone a veces un sacrificio en la seguridad del derecho" (CASACIÓN N° 1208-2006-PIURA).*

"El artículo 2014 del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que el adquirente obtenga el derecho a título oneroso; b) que actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía

conocimiento de la inexactitud del registro, presunción iuris tantum; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho, entendiéndose que no se refiere a una clase de Registro, sino al conjunto de estos que integran los Registros Públicos, d) que de los asientos registrales ni de los títulos inscritos, se observen causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante" (CASACIÓN N° 227-2002-AREQUIPA).

Como hemos podido advertir, para la aplicación del principio de fe pública registral se debe cumplir simultáneamente los requisitos indicados anteriormente, de lo contrario el tercero registral no estará bajo el manto protector de este principio; es decir, no gozará de la oponibilidad del acto inscrito frente al *verus dominus* ni de la publicidad que otorgan los Registros Públicos.

II.4.2 LA FALSIFICACIÓN DE TÍTULOS Y LA TEORÍA DE LA APARIENCIA

En la década del año 2000 estalló el boom de la construcción inmobiliaria en el Perú, posicionándose como una de las fuentes más importantes de trabajo; sin embargo, ante la escasez de terrenos para construir, porque la mayoría se encuentran en posesión de las grandes empresas, surgió un mercado paralelo que aprovechándose de las ventajas que ofrece el sistema registral ha podido transferir la propiedad de los inmuebles mediante la falsificación de escrituras públicas de compraventa, despojando de los inmuebles a los verdaderos propietarios.

Este asunto ha cobrado tal magnitud que en sede notarial se optó por implementar la tecnología mediante la utilización de la HUELLA BIOMÉTRICA²⁶, que permite identificar a las partes contratantes a través de la huella dactilar que es comparada con la que se

²⁶ El Ministerio de Justicia del Perú a través del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS obligó a las notarías a adoptar medidas de seguridad contra la delincuencia, con el propósito de involucrar a esta actividad en la lucha contra la inseguridad ciudadana y garantizar la seguridad jurídica en el país. De acuerdo con el citado decreto, la norma precisa que su objetivo será confirmar la identidad de los usuarios o intervinientes en los actos notariales, a través de su fotografía y huella digital, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1049. Así, cuando se solicite gravar o disponer de bienes o se otorgue un poder para tal fin, ya sea mediante escrituras públicas, actas de transferencia de muebles o inmuebles, actas y escrituras de procedimientos no contenciosos, instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria o inmobiliaria, los notarios deberán someter a los solicitantes a este sistema. La norma que desarrolla la Ley N° 28194, sobre la lucha contra la evasión y formalización de la economía, encarga finalmente al Consejo del Notariado, órgano del sector Justicia, verificar el cumplimiento de las medidas preventivas en las oficinas notariales.

encuentra en la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Mientras que en sede registral se optó por la ALERTA REGISTRAL²⁷ y la INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE LAS PARTIDAS DE LOS PREDIOS²⁸.

El Poder Judicial del Perú también ha manifestado su interés en tratar de dilucidar el tema, por ello en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de octubre de 2012²⁹ se puso en la palestra este tema para ser investigado y debatido. De este pleno podemos rescatar las siguientes posiciones:

“Primera Ponencia:

La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el Artículo 2014 del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuenta con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal.”

²⁷ La alerta registral es un servicio gratuito que se encuentra a disposición de cualquier ciudadano peruano a través de la página web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la cual permite comunicar respecto de la presentación de un título o títulos para su inscripción sobre la partida o partidas (folios) registrales previamente seleccionadas por el usuario del servicio. Este servicio utiliza un sistema de búsqueda automatizada que detectará el título o los títulos presentados para su inscripción en la partida o partidas (folios) registrales seleccionadas, enviándose un mensaje a la dirección de correo electrónico consignado por el usuario en el formulario de suscripción. En ese sentido, para suscribirse al servicio gratuito de “Alerta Registral”, el interesado deberá conocer el actual número de la partida electrónica, ficha o tomo (folio registral) donde se encuentre inscrito el bien o derecho de interés. Este servicio ha sido aprobado por la Directiva 06-2013-SUNARP/SN que regula el servicio gratuito denominado “Alerta Registral” aprobado por la Resolución N° 170-2013-SUNARP/SN.

²⁸ Los titulares de los inmuebles cuentan con una protección especial al establecer la SUNARP el procedimiento para la inmovilización parcial y temporal de las partidas registrales de sus predios, registradas ante esta entidad. De acuerdo a la Directiva N° 08-2013-SUNARP-SN por la que se regula este trámite, el propietario de un predio puede cerrar de manera voluntaria y temporal la partida donde se encuentre inscrita su propiedad, inmovilizándola temporalmente, para impedir que personas inescrupulosas realicen transferencias, cargas o gravámenes en la misma.

El asiento de inmovilización temporal tendrá una vigencia máxima de 10 años, contados desde el día de su presentación y si el propietario desea que tenga un plazo menor, deberá mencionarlo en forma expresa en la respectiva escritura pública. Con el fin de solicitar la inmovilización temporal de la partida del predio, el titular registral del mismo deberá presentar una solicitud de inscripción (formulario gratuito) y la escritura pública que contenga el acto unilateral del propietario, con derecho inscrito, en el cual manifieste su voluntad de efectuar tal inmovilización.

Además, tendrá que presentar una declaración jurada con firmas certificadas notarialmente por la que se declare bajo juramento que el predio sobre el cual se solicita la inmovilización temporal no ha sido transferido o se encuentre afectado con carga y/o gravamen no inscrito por el mismo titular en forma voluntaria y en fecha anterior a la declaración, que deberá estar inserta en la escritura o anexa a la misma.

²⁹ <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f508d3004d64472080bab0d8bd148401/Pleno+Nacional+Civil-Tema+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f508d3004d64472080bab0d8bd148401>

“Segunda Ponencia:

La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el Artículo 70 de la Constitución del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El Artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos” (subrayado y énfasis nuestro)

El fundamento de la primera ponencia fue la defensa del principio de fe pública registral, indicándose lo siguiente:

“Fundamentos de la primera ponencia:

El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nro. 1845-2000- Junín que señala que el artículo 2014 del Código Sustantivo desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto las inscripciones del registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirentes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad, una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la exactitud del registro deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación Nro. 1168-98-Lambayeque)”.

El fundamento de la segunda ponencia fue la defensa constitucional del derecho de propiedad, así se indicó lo siguiente:

“Fundamentos de la segunda ponencia:

El Artículo 70 de la Constitución del Estado preceptúa que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional, trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además en concordancia con lo previsto en el inciso 16) del artículo 2 de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad del derecho, por ser éste un derecho fundamental. Por consiguiente, el principio de fe

pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó" (subrayado y énfasis nuestro)

Cabe resaltar que el 20 de octubre de 2012 el Pleno adoptó por mayoría la segunda ponencia³⁰; sin embargo, esta decisión del pleno no es vinculante para los jueces, pero sí creemos que es importante que se haya puesto el tema sobre la mesa para que en el futuro se brinde una solución única y razonable a los justiciables. Pero la justicia no espera, así que necesitamos encontrar más argumentos que sustenten la validez de la segunda ponencia que rechaza la tesis de protección del tercero, que adquiere de buena fe el derecho de propiedad, cuando proviene de la inscripción de un título falso en los Registros Públicos.

Así, existe una corriente que indica que este supuesto debe ser analizado desde la **TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA**³¹, porque en determinadas circunstancias excepcionales se debe preferir la posición del tercer adquirente, sobre la del propietario, cuando éste con su negligencia ha promovido la creación de la falsa apariencia que el Registro publicita frente a terceros, siendo necesaria que confluyan los siguientes requisitos:

- a) El sujeto que adquiere el derecho, el tercero de buena fe, actúa sobre la información "aparente" publicitada por los Registros Públicos.
- b) El tercero inscribe su propia adquisición en virtud de la apariencia propiciada por el titular negligente.

³⁰<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a88e4f804e5996149d67bd56acd5e45f/Acta+Final.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=a88e4f804e5996149d67bd56acd5e45f>

³¹ **GONZALES BARRON, Gunther.** "La Constitución rechaza el Derecho Registral "extremista". Crítica al fetichismo registral", Ed. Gaceta Constitucional, Tomo 66, Lima, 2003, p. 264.

c) El tercero debe contar con un título oneroso, para evitar la simulación o fraude contractual.

d) La situación aparente se produce por la negligencia del titular quien no inscribe su derecho y posibilita su extinción³².

e) El tercero ha tenido una actuación diligente para comprobar o verificar la titularidad previa; es decir, actuó de buena fe.

Como podemos advertir, los principios registrales se aplican cuando nos encontramos frente a la confrontación de derechos; es decir, en una situación de anormalidad porque entendemos que nadie puede perder su derecho de propiedad, garantizado constitucionalmente, sin que de alguna manera le sea imputable esa consecuencia, por ello para la aplicación de esta teoría debemos tener en cuenta tanto **la negligencia del titular que adquirió su derecho y no lo inscribió, como la diligencia del tercero que confiando en la información aparente de los Registros Públicos procedió a inscribir su derecho.**

Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional Peruano ha desarrollado el contenido constitucional de la garantía de indemnidad³³, reconociendo que el derecho constitucional

³² **FALZEA, Angelo.** *"Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica"*, Ed. Giuffrè, Vol. 2., Milán, 1997, p. 809 y ss. Traducción al español por León L. Leysser. Al respecto el autor precisa que *"la presencia de un error objetivamente excusable es un elemento necesario para complementar la fattispecie de la apariencia, pero es también un elemento suficiente. No es necesario, en particular, que el error del tercero sea causado por culpa o dolo de otro, y, para ser más precisos, del titular del derecho subjetivo. Si se presenta culpa o dolo de este último, estaremos ante una hipótesis especial de apariencia, y será conveniente distinguirla de la primera. Hablaremos, entonces, de apariencia pura, cuando el error sea causado solo por la situación de hecho que manifiesta falsamente una situación de derecho; hablaremos de apariencia culposa, en cambio, cuando el error del tercero sea causado por el comportamiento culposo o doloso del titular real del derecho subjetivo. Esta distinción es de notable importancia en lo concerniente a la posibilidad de una interpretación analógica de las normas que se refieren a la apariencia. Una hipótesis característica de apariencia culposa se presenta en materia de simulación, cuando el titular real determina conscientemente aquella situación de titularidad aparente que es capaz de inducir a error a los terceros"*.

³³ Por ello, la comprensión constitucional de la propiedad comprende, *prima facie*, además la *garantía de indemnidad* o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la

de propiedad es inviolable, sin embargo esta garantía debe ceder ante la culpa del titular que permite la situación de apariencia, puesto que induce al error de los terceros, por lo que ante la negligencia del titular del derecho se debe privilegiar el principio constitucional de seguridad jurídica.

En ese sentido, es materia de análisis las falsificaciones de los instrumentos públicos que logran inscribirse en los Registros Públicos y que luego permiten que un tercero adquiera el derecho de propiedad confiado en la apariencia registral. La mayoría de la doctrina protege erróneamente al tercero alegando la aplicación del principio de fe pública registral prescrito en el artículo 2014 del Código Civil del Perú. No obstante, consideramos que esta línea de razonamiento es errónea porque infringe el derecho de propiedad prescrito en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú ya que atenta contra la garantía de indemnidad desarrollada por el Tribunal Constitucional Peruano, la que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, y porque no cumple con los requisitos de la teoría de la apariencia antes descritos.

En efecto, el propietario que sufre la falsificación no ha motivado la inexactitud registral o situación aparente publicitada por los Registros Públicos, por el contrario, ha actuado con la suficiente diligencia inscribiendo oportunamente su derecho de propiedad. Es por ello que no basta la buena fe del tercero a quien se quiere proteger, por más que pruebe su diligencia en la verificación de la titularidad previa de quien le otorgó el derecho, ya que conjuntamente con su diligencia debe existir negligencia del *verus dominus*, lo que en materia de falsificación de instrumentos públicos nunca existirá, mientras que éste compruebe su diligencia con la inscripción de su derecho o ¿se le debe exigir algo más?

Como podremos advertir, distinto es el supuesto cuando esta apariencia ha sido propiciada por el *verus dominus* que con su actuación negligente provocó la pérdida de su derecho de propiedad. Esta actuación normalmente se encuentra vinculada a la simulación del negocio jurídico y si bien no es materia del presente trabajo creemos necesaria detallarla

integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 7364-2006-PA-T.C., Lima)

sucintamente. Así, existen dos clases de simulación, la absoluta y la relativa. La simulación absoluta³⁴ que consiste en celebrar un negocio jurídico que “*no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre las partes*”³⁵; es decir, las partes celebran un negocio jurídico, para que en apariencia, a efectos para terceros haya una vinculación jurídica entre ellos, pero que en realidad las partes han acordado que dicho negocio jurídico celebrado no los vincula realmente. Mientras que en la simulación relativa³⁶ el negocio celebrado es realmente distinto al declarado a terceros, existiendo un contrato oculto que contiene la verdadera voluntad de las partes y que es distinto de aquél del negocio simulado.

Sea la clase de simulación que sea, lo cierto es que cualquiera de éstas provoca la apariencia de un negocio jurídico que no se ha celebrado y que bien podría afectar al *verus dominus*. Veremos que esto suele suceder cuando el verdadero propietario celebra un contrato simulado con tercero (a fin de evitar embargos, cumplir con obligaciones familiares, etc.) que luego es inscrito en los Registros Públicos y quien ahora aparece como titular registral del bien, aprovechándose de esta situación, lo transfiere u otorga como garantía para el pago de sus deudas personales, perjudicando al *verus dominus* que deberá soportar dicha situación y resignarse a perder su derecho de propiedad, pues fue quien creó esta apariencia y porque el tercer adquirente de ningún modo podía tener conocimiento que lo publicitado en los Registros Públicos era un contrato simulado.

Otro sector de la doctrina peruana indica que estamos ante el caso de la **INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO**, puesto que no ha existido manifestación de voluntad por parte del verdadero propietario. Así la teoría de la inexistencia del negocio jurídico ha sido sostenida por los profesores ZUSMAN TINMAN y DE LA PUENTE Y LAVALLE quienes señalan que *se produce la inexistencia cuando la falta de un elemento sea de tal*

³⁴ **Artículo 190 del C.c. del Perú.-** "Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo".

³⁵ **MORALES HERVIAS, Rómulo.** "Código Civil Comentado", Ed. Gaceta Jurídica, Tomo I, 2 Ed., Lima, 2007, p. 605.

³⁶ **Artículo 191 del C.c. del Perú.-** "Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero".

*relevancia que impida hasta la apariencia de un acto jurídico, lo cual determina que no pueda producir efectos ni siquiera negativos y que se diferencia de la nulidad porque ésta, aunque suponga un acto jurídico inválido, existe siquiera como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos*³⁷.

Cabe añadir que la profesora ZUSMAN TINMAN inclusive sostiene que "razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe en el segundo caso. Se requiere entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de la inexistencia del negocio jurídico"³⁸. En esta misma línea se pronuncia el profesor MORALES HERVÍAS cuando define que la *"inexistencia como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio)"*³⁹.

Es preciso indicar que DE LA PUENTE Y LAVALLE nos brinda un ejemplo de inexistencia en el ordenamiento jurídico peruano que advierte a partir de lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil⁴⁰, así precisa que *"si se hubiera declarado que es nulo el contrato cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, habría surgido la duda respecto a la probabilidad de que el acto jurídico, aunque inválido, hubiera existido como supuesto de hecho de producir efectos secundarios, diferentes o*

³⁷ ZUSMAN TINMAN, Shoschana y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*", Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. Tomo II. pp. 26-27 y p. 67.

³⁸ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. "Teoría de la invalidez y la ineficacia", en *Ius et Veritas*, núm. 7, año IV, 1993, p. 161.

³⁹ MORALES HERVÍAS, Rómulo. "Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano", en *Revista del Foro*, núm. 1, 1998, p. 55.

⁴⁰ Artículo 1359 del C.c. del Perú.- "No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria".

*negativos, que es una de las posibles manifestaciones de la nulidad*⁴¹. A las posiciones expresadas anteriormente se añade la del profesor FORNO FLOREZ que señala que *"nuestro Código Civil, al menos en la parte relativa a los contratos en general, ha sido muy poco riguroso al emplear los conceptos de "existencia", "validez" y "eficacia". Es evidente que tal como lo hace el artículo 1359, el artículo 1360*⁴² *debe ser entendido respecto a la existencia del contrato. Ahora bien, esto quiere decir que el contrato no se forma en el momento que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, sólo se formará en el futuro cuando aquella se haya satisfecho*⁴³.

Sin perjuicio de las opiniones de los anteriores profesores, que defienden la independencia de la inexistencia jurídica respecto a la nulidad, existen otros autores que asimilan los efectos de la inexistencia a los de la nulidad. Así, VIDAL RAMÍREZ afirma que *"lo nulo, del latín nullus, viene a ser lo que no es o le falta valor y fuerza para tener efecto. Esta acepción llevada a su significado jurídico nos da la idea de la ineficacia y la invalidez absolutas y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no a la negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. De ahí, también, que lo nulo sólo implique una inexistencia jurídica*⁴⁴. Mientras que para RUBIO CORREA *"los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, entre nosotros, son de nulidad*⁴⁵.

En consecuencia, independientemente de la posición que adoptemos, sea la de la teoría de la apariencia, de la inexistencia del negocio jurídico o ambas, es necesario advertir que los Registros Públicos no pueden convalidar los actos que provienen de instrumentos públicos falsificados, de lo contrario se desnaturalizaría los fines que persigue esta entidad

⁴¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 390.

⁴² Artículo 1360 del C.c. del Perú.- "Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente".

⁴³ FORNO FLOREZ, Hugo. "La oferta al público: razones para una discrepancia", en *Revista Derecho*, núm. 45, 1991, p. 222.

⁴⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "El acto jurídico", Ed. Gaceta Jurídica, 4 Ed., Lima, 1999, p. 498.

⁴⁵ RUBIO CORREA, Marcial. "La invalidez del acto jurídico", Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, p. 25.

porque se atentaría contra la propia seguridad jurídica que pretende resguardar, ya que validaría el ilícito accionar de sujetos que utilizarían los Registros Públicos (y el principio de fe pública registral) como una herramienta para beneficiarse ilícitamente, mediante la estafa y falsificación de documentos públicos⁴⁶, lo que a su vez perjudicaría el tráfico inmobiliario.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

III.1 LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

El actual sistema registral español tiene su origen en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y el Reglamento para su ejecución de 21 de junio del mismo año. El legislador adoptó el sistema de folio real; es decir, ordenar el Registro de Propiedad por fincas, al que accedían mediante la inmatriculación y una vez realizado éste trámite, donde se la abría un folio registral a cada finca, se podían registrar las modificaciones que éstas sufrían, ya sea por la constitución de derechos reales limitados, de gravámenes o por la transmisión de la propiedad⁴⁷.

⁴⁶ **Artículo 196-A del C.p. del Perú.-** "La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario".

Artículo 427 del C.p. del Perú.- "El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado".

⁴⁷ Vid.: **MONTERDE GARCÍA, Juan Carlos.** *"Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861"*, Ed. Colegio de Registrados de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009 y **RODRÍGUEZ OTERO, Lino.** *"La ley hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

Dentro de las notas distintivas que podemos resaltar de esta ley es la voluntariedad de la inscripción, por lo que no era necesaria la inmatriculación de las fincas, ni registrar las modificaciones reales que éstas sufrían⁴⁸. Además la ley impulsó la creación un cuerpo técnico especializado (registradores) que se encargaría de verificar que se cumpla el procedimiento registral. Dividió el registro en las secciones de dominio e hipoteca, que se llevan en libros distintos⁴⁹, acoge la inscripción como técnica registral apartándose del sistema francés o de transcripción, que hasta la actualidad es utilizada por los registradores, y consiste en publicar en el folio registral del inmueble un extracto con los datos más resaltantes del negocio jurídico, como las partes que intervienen y el derecho que se registra, incluyendo los plazos y condiciones de ser el caso. Otra nota distintiva es que se eliminaron definitivamente las hipotecas generales, tácitas y judiciales.

Cabe señalar que, el gran aporte de la Ley Hipotecaria de 1861 es la consagración de los principios de publicidad y especialidad sobre los que gira la reforma del régimen hipotecario⁵⁰, sin embargo en el cuerpo de la referida ley también podemos encontrar la "presunción de exactitud del registro"⁵¹, la protección registral de la inscripción en virtud

⁴⁸ La hipoteca es la excepción a la voluntariedad de la inscripción, donde esta se exige como elemento constitutivo del derecho desde la promulgación del Código Civil de 1889 (artículo 1875).

⁴⁹ **APARICIO CARRILLO, María Dolores y SÁNCHEZ ESTRELLA, Paloma.** "Inventario de las Contadurías de Hipotecas del Archivo Histórico Provincial de Sevilla", en *Revista TRIA*, núm. 12, 2005, p. 47. Estas autoras agregan que "esta duplicidad de libros no debió dar buenos resultados quedando suprimido el Registro de Hipotecas tras la reforma de 1869 y permaneciendo como único Registro el de la Propiedad, tal y como ha llegado a nuestros días".

⁵⁰ **GOMEZ DE LA SERNA, Pedro.** *"Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación"*, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862, p. 209.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 530. Si bien en la L.H. de 1861 se pretendió establecer una primitiva presunción de exactitud del registro, lo cierto es que ésta no se podía dar como tal, ya que en el fondo la referida ley publicitaba un archivo de títulos, puesto que el Registrador únicamente calificaba los aspectos formales de los títulos que pretendían ser inscritos. Así el propio GÓMEZ DE LA SERNA señala que *"la palabra calificación no quiere decir que los registradores tengan que hacer una calificación formal y solemne de las circunstancias extrínsecas de las escrituras y de la capacidad de los otorgantes: esto, sobre no ser propio de sus funciones, sería embarazoso, complicado y produciría retrasos y perjuicios a los que tuvieran derechos que inscribir. Calificar, significa aquí examinar, inspeccionar si el documento que se les presenta reúne las circunstancias externas que las leyes exigen en los de su clase, y si los otorgantes tienen la capacidad necesaria para ello en los términos que en este mismo comentario expondremos, examen que deben hacer antes de la inscripción. Esto equivale a decir: que no inscriban los documentos que por cualquiera de dichas faltas lleven en sí un vicio radical que pueda conocerse sin más que por su lectura, o por las investigaciones que el mismo registro facilite; para procurar su subsanación, y que, mientras no se verifique, no procedan a la inscripción que se*

al orden de ingreso los títulos⁵², el tracto sucesivo⁵³, la calificación de legalidad de los títulos⁵⁴, entre otros.

A pesar de los avances antes descritos, esta ley tenía como principal problema, que no perfilaba un concepto claro de inoponibilidad, debido al conflicto entre los artículos 23 y 34 de la ley⁵⁵, y porque también se advierte la incompleta redacción del artículo 34⁵⁶. En efecto, por una parte otorga una eficacia sumamente excesiva a la publicidad, pues no le exigía al tercer adquirente ni título oneroso ni buena fe, mientras que el segundo párrafo del citado artículo dejaba sin sentido al primero, ya que posibilitaba que un título anterior

*les pida; examen privado que, aunque la Ley callara, deberían hacer, porque el registro está abierto para todos los títulos legítimos, no para aquellos que en sí mismos llevan a primera vista, y sin su profundo estudio, una nulidad que los hace ineficaces. Esto es lo que quiere la Ley, que de propósito se ha limitado a las nulidades que son patentes, sin autorizar a los registradores a llevar más adelante sus investigaciones, **ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajo otros aspectos**, cuya apreciación, en su caso, sólo corresponderá a los juzgados y tribunales cuando sean excitados por los particulares. En este mismo comentario, completaremos lo que aquí nos limitamos a indicar” (énfasis nuestro)*

⁵² **Artículo 17 de la L.H. de 1861.-** "Inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble".

⁵³ **Artículo 20 de la L.H. de 1861.-** "También será causa bastante para suspender ó denegar. la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate á favor de la persona que lo transfiera ó grave. Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción, omitida mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme á lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley".

⁵⁴ **Artículo 18 de la L.H. de 1861.-** "Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras".

⁵⁵ **Artículo 23 de la L.H. de 1861.-** "Los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar á tercero".

Artículo 34 de la L.H. de 1861.- "No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona, que en el registro aparezca con derecho para ello no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito con arreglo a lo prevenido en el art. 397, a menos que la prescripción haya consolidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título".

⁵⁶ **SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma.** "Reflexiones sobre el tercero hipotecario", Ed. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008. p. 51.

inscrito invalidase un título posterior inscrito⁵⁷, supuesto vinculado al caso materia de análisis, y que podía presentarse cuando el verdadero propietario, con título inscrito previo, pretendía invalidar los títulos falsos posteriores que accedieron al registro y que lo despojaron de su titularidad registral.

Es por ello que resulta importante destacar la polémica promovida por CARDELLACH mediante el artículo "Una duda sobre la Ley Hipotecaria", publicado en la revista "el Foro" de Barcelona, y que a propósito de la aplicación del principio de fe pública registral, recogido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, planteó el siguiente problema:

*"Usando del derecho que a todos concede la ley Hipotecaria, un perdido A, se presenta en el Registro y toma nota puntual de la designación de la heredad X y de los títulos con que aparece registrada, o, si no, solicita una certificación del estado de aquella finca, y el Registrador se la libra literal. **Con estos antecedentes se forja una escritura de venta, extendida con todas las solemnidades que la ley requiere: imita el signo de un escribano, la presenta al Registro y obtiene su título registrado.** Nada ha conseguido todavía, porque, según el art. 33 de la ley, la inscripción no convalida los actos y contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes. Pero se confabula con otro malvado, B, y le vende la heredad X, presentándole el título de su adquisición registrado y además una certificación del Registrador de no hallarse gravada aquella finca por A, que aparece ser su legítimo dueño. B registra su nuevo título, y con él en la mano se presenta en la heredad X y quiere echar de ella a su verdadero dueño, que está muy distante de saber el enredo que contra él se ha fraguado. ¿De quién es, por tanto, la heredad?*

*La ley previene terminantemente en su artículo 34 que a los actos o contratos que se otorguen por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del "mismo registro". Por consiguiente si queda válido el traspaso hecho a un tercero válidas también serán sus consecuencias y ese tercero echará de su casa al verdadero dueño de la hacienda víctima de un acto criminal. **Es verdad que al forjador de la venta A se le demandará en juicio y se fallará la nulidad de aquella venta falsa; pero el dueño habrá perdido su heredad, y el segundo comprador B, partícipe en la culpa o inocente gozará en paz de unos bienes robados"**⁵⁸(énfasis nuestro)*

Al respecto GÓMEZ DE LA SERNA, principal impulsor y defensor de la Ley Hipotecaria de 1861, respondió así:

⁵⁷ Ibid., p. 47.

⁵⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Op. cit., p. 623.

"Algunos escritores, alarmados por la opinión que precede, se apresuraron a impugnarla; mucho interés tuvo esta importante polémica. También tomamos en ella parte manifestando que estábamos conformes con la opinión de los que habían impugnado la interpretación dada al artículo 34 de la Ley hipotecaria por el que promovió la cuestión, y haciéndonos cargo de los debates, reconociendo la copia de razones con que habían sido sostenidos por todos, la precisión, claridad y concisión con que se habían expuesto, y que no teníamos la presunción de inventar otras, nos limitamos a presentarlas agrupadas añadiendo alguna otra razón que aunque no fuese principal, tampoco creíamos inconducente.

Así lo hicimos, dividiendo al efecto estas razones en dos clases: la primera comprende las que demuestran la gran dificultad casi siempre insuperable de que suceda el caso propuesto por el que promovió la cuestión; la segunda las que resuelven la cuestión en sentido diferente del en que él opina.

Las razones de la primera clase, aunque realmente no resuelvan la cuestión, merecen ser consideradas; el legislador se fija generalmente en lo que sucede o suele suceder en la vida práctica: no busca casos raros, infrecuentes, porque esto haría degenerar la ley en casuística: el sistema de legislar por rescriptos está anatematizado en todas las naciones modernas. Cuando se presentan casos poco comunes y en la letra de la ley no se encuentra una disposición concreta a ellos, en el espíritu de la legislación, en lo prevenido para casos análogos se busca la solución más adecuada. Más de una vez se ha dicho que no todo lo posible es probable: aquí debemos repetirlo. Si empezáramos a ir buscando combinaciones y dificultades que pueden ocurrir y reunirse, pero que no es fácil que ocurran reunidas y nos empeñásemos en resolver problemas complicados con circunstancias elegidas a capricho, contra nuestra voluntad presentaríamos a veces casos imaginarios con el aparato de cuestiones jurídicas. Este es un peligro a que estamos muy expuestos los juristas: no olvidemos los extravíos a que semejante empeño ha llevado a algunos: procuremos evitarlos.

La dificultad de que se presente el caso propuesto consiste:

1º. En que no sería fácil que A, hombre perdido, se presentara en el registro y tomara nota puntual de la heredad X y de los títulos con que estuviese registrada, ni que obtuviese certificación en que esto apareciese. El art. 279 de la Ley hipotecaria⁵⁹ sería un obstáculo difícil de vencer, porque, según él, la publicidad de los registros es para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles y de los derechos reales inscritos: el registro, como se dice en la Exposición de Motivos, se franquea a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que pueden corresponderle, y para decirlo de una vez, al que tiene interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes, pero no para pesquisas impertinentes que puedan alentar las pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito. La primera dificultad, pues, la encontraría A en el registrador.

2º. En que no es de presumir que haya delincuente tan poco precavido que empiece dando pasos para la perpetración de un delito en una oficina pública, exponiéndose, no sólo a ser detenido desde luego en la carrera criminal por las sospechas a que dé lugar, sino lo que

⁵⁹ **Artículo 279 de la L.H. de 1861.-** "Los registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos.

es más, dejando consignada la prueba de sus actos de una manera que no suelen hacerlo los delincuentes. Antes hemos dicho que la primera dificultad se encontraría en el registrador. Tal vez deberíamos retractarlo, porque el malvado A la primera dificultad la encontraría en sí mismo.

3°. En que no sería probable sorprender al registrador con la escritura falsificada por A, especialmente si el escribano ante quien se supusiera otorgada, tuviese su oficio en el partido a cuyo registro se llevara.

4°. En que el índice que, con arreglo al art. 6° de la Instrucción⁶⁰ sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a inscripción, tienen que dar los escribanos de los que ante ellos se otorguen a los registradores cada tres meses, y las circunstancias que en él deben expresarse, serán un motivo para que aparezca evidentemente el fraude en todos aquellos casos en que entre la suposición de la enajenación primera hecha a A, y el registro de la segunda escritura a favor de B, hubiese mediado uno de dichos plazos trimestrales.

5°. En la improbabilidad de sorprender al escribano ante quien se otorga la escritura a favor de B, atendidos los artículos 21 y 22 de la expresada Instrucción, según los cuales el que transfiere ha de expresar el título de adquisición, en cuya virtud le pertenezca lo que enajena, y han de hacer constar los escribanos en las escrituras la capacidad legal de los otorgantes.

6°. En que si por apresurar los malvados A y B la falsedad de la primera escritura y la suposición del segundo contrato para evitar así el descubrimiento del fraude por los índices trimestrales, llevaran ambas escrituras la falsificada y la del contrato simulado al registro en muy breve tiempo, esta transmisión repetida no dejaría de llamar la atención del registrador, por poco suspicaz que fuese, y mucho más cuando se agregaran otras sospechas que pocas veces suelen faltar en casos semejantes.

7°. En que no pocas veces los criminales se ponen en tanto peligro de ser descubiertos. Los delitos generalmente se perpetran ocultándose, no presentándose como para el caso propuesto sería indispensable por tres veces con algún intervalo, aunque muy corto, en oficinas públicas.

8°. En que no parece creíble que el dueño de la cosa que la posee no tenga conocimiento de lo que en su daño se fragua, y que no acuda a evitarlo por los medios que al efecto establecen las leyes, tanto en el orden civil como en el penal.

A pesar de las dificultades con que tienen que luchar los malvados que como A y B se proponen hacer expoliaciones criminales, no negamos que el caso pueda presentarse. Estamos acostumbrados, por desgracia, a ver todos los días los medios de que se valen hábiles falsificadores para los que parece que no hay dificultades insuperables, y el cinismo, el descaro, la serenidad, la astucia y la hipocresía con que los estafadores suelen

⁶⁰ **Artículo 6 de las instrucciones de la L.H. de 1861.-** "Los escribanos públicos remitirán al Registrador del partido, cada tres meses, un índice de los instrumentos sujetos á inscripción que hayan autorizado, el cual expresará :

- Los nombres de los otorgantes.
- La especie y la fecha del acto ó contrato.
- La designación de la finca que hubiere sido objeto de él, ó a la cual afecte el instrumento.
- Un índice en igual forma remitirán los escribanos que actúen en causas, pleitos ó expedientes, de los mandamientos judiciales expedidos con su intervención, mandando hacer inscripciones en el Registro.
- En estos índices no se incluirán los instrumentos que se hayan debido inscribir en Registros de otros partidos, pero los escribanos darán también noticia de ellos á los Registradores correspondientes".

disfrazar su semblante, sus acciones y sus proyectos. A los delitos sangrientos de épocas menos cultas, a los robos en cuadrilla a mano armada y en los caminos reales, ven reemplazando en gran parte los delitos que pudiéramos llamar de época más culta, las falsificaciones y las estafas. Hay grandes maestros en esta nueva escuela criminal: todo puede creerse, todo esperarse de ellos, de su habilidad e impudencia. Por todo esto es más importante fijar el modo de resolver la cuestión cuando llegue a presentarse.

Las razones que resuelven la cuestión en el sentido que dejamos expuesto son:

1ª. Que no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe. Su silencio, por lo tanto, bastaría para que el malvado B, quien se apellida ladrón, no pudiera hacer prevalecer su título simulado contra el dueño verdadero. El derecho civil lo rechaza, y la Ley hipotecaria no lo ha derogado, ni hecho modificación alguna directa ni indirecta que pueda conducir siquiera a presumirlo.

2ª. Que la Ley hipotecaria en su artículo 33 clara y terminantemente establece que un título ilegítimo, como es el de B en el presente caso, por haber adquirido por una confabulación criminal la cosa del que sabía que no era dueño, y por lo tanto sin buena fe, ni justo título, requisitos indispensables para poder adquirir con el tiempo el dominio de las cosas que se nos transmiten, no convalida, a pesar de su inscripción en el registro, los actos o contratos que como el de que se trata, son nulos con arreglo a las leyes.

3ª. Que el artículo 34 que comentamos, se limita en su primera parte, a ordenar que los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten del registro. Nada dice de los títulos anteriormente inscritos, e inscrito estaba el título del dueño, según se dice en el caso supuesto porque de otro modo, ni el malvado A hubiera podido sacar del registro la nota puntual de la heredad y de los títulos de la finca, ni el registrador expedirle la certificación.

4ª. Que el malvado B no es con arreglo a la Ley el tercero cuyos intereses se protegen en el art. 34 contra el título no inscrito, porque solo es tercero aquel que no habiendo intervenido en el acto o contrato anterior inscrito, ha celebrado sin embargo otro acto o contrato lícito que se ha inscrito con posterioridad, y como B solo intervino, y fue parte principal, no en un contrato lícito, pues que ninguno hubo, sino en el acto criminal de confabulación entre él y A, claro es que no le alcanza la primera parte del art. 34 y que no podría invocarla a su favor.

5ª. Que la segunda parte del artículo 34, al decir que sólo en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero otro título posterior también inscrito, implícitamente reconoce que el título anterior inscrito no se invalida por el posterior inscrito que no sea legítimo para este efecto.

6ª. Que la protección de la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por su omisión a error, haciéndole creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima. En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique, o lo que es lo mismo, que la negligencia de uno no dañe a otro. Respecto a los que tienen su derecho inscrito, el derecho común es el que fija el valor respectivo de los títulos. El que viendo en el Registro títulos anteriores no examina la legitimidad de las adquisiciones que entre ellos y el suyo debe haber, imputéselo a sí mismo: la Ley le protege

contra lo que no puede conocer, no contra lo que por negligencia deja de averiguar cuando tiene medios de conseguirlo.

7ª. Que por consecuencia la Ley castiga solo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera de buena fe la finca engañándose sobre quien era su dueño, pero por el contrario le protege siempre que por la inscripción hecha oportunamente ha proclamado su derecho en el registro para cocimiento de futuros adquirentes.

8ª. Que aun en el caso propuesto, a pesar de que el dueño no tuviera su título inscrito, todavía podría luchar en juicio y vencer a B, uno de los autores de la confabulación con A, porque como su título es ilegítimo, el contrato simulado y el acto nulo, no pueden convalidarse por la inscripción con arreglo al art. 34. Solo el tercer adquirente de buena fe puede obtener victoria contra el dueño cuando éste deje de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquel se anticipase a inscribir el suyo.

9ª. Que teniendo la Ley hipotecaria por objeto principal asegurar la propiedad y los demás derechos reales en la cosa inmueble a los que, cumpliendo sus preceptos hacen oportunamente las inscripciones, no puede suponerse que esté en su espíritu que a los que hacen lo que le previene, se les prive de lo que legítimamente les corresponda para favorecer a los malvados que a la sombra de un delito quieren consumir un acto de despojo"⁶¹.

A pesar de lo expuesto por GÓMEZ DE LA SERNA y demás autores de la época que sostenían la escasa probabilidad del caso planteado por CARDELLACH; es decir, que los títulos falsos ingresen al Registro de la Propiedad y se les aplicase el principio de fe pública registral, lamentablemente con el transcurso de los años este supuesto se ha concretado en numerosas oportunidades⁶², por lo que resurge la polémica planteada entre la preferencia del derecho de propiedad contra la seguridad jurídica de la adquisición del tercero de buena fe, discusión a la que nos referiremos más adelante.

III.2 LA LEY HIPOTECARIA DE 1869 Y EL SISTEMA DE NOTIFICACIONES

La Ley Hipotecaria de 1861 aunque significó el punto de inicio del sistema registral español como lo conocemos en la actualidad, tenía ciertos problemas de aplicación por lo que fue modificada mediante ley del 21 de diciembre de 1869, lo que también ocurrió con el Reglamento Hipotecario que fue modificado el 29 de octubre de 1870.

⁶¹ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Op. cit., p. 624.

⁶² Este supuesto se ha extendido inclusive al Registro Mercantil, donde se han inscrito la celebración de Juntas Generales que nunca han sucedido en virtud a títulos falsificados.

Así, las modificaciones más importantes de la Ley Hipotecaria de 1869 fueron que se eliminó la sección de hipotecas, que desde ese momento se inscriben como cualquier otro derecho real⁶³; se prohibió que se extiendan asientos de presentación de documentos en días feriados; creó la Dirección General de los Registros; se promovió la inscripción de la posesión mediante las informaciones posesorias; se facilitó la primera inscripción al propietario que carecía de título público de dominio mediante el expediente de dominio⁶⁴,

⁶³ **SERNA VALLEJO, Margarita.** *"La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español"*, Ed. Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 1996, p. 474. *"La primera función a la que están obligados los recién nombrados registradores de la propiedad es el cierre de los libros de los Oficios de hipotecas y la apertura de los nuevos libros del Registro de la propiedad con el fin de garantizar que en los antiguos sólo aparezcan las inscripciones realizadas en ellos bajo el régimen anterior. De esta manera, se pretende facilitar la delimitación de las responsabilidades de los titulares de los Oficios de hipoteca y de los registradores de la propiedad. La segunda labor que se encomienda a los registradores es la rectificación de los índices antiguos, en los supuestos en que éstos estuvieran defectuosos, incompletos, o su realización en los casos en que no existieran o resultaran inútiles en la forma en que estuvieran hechos.*

El cierre de los libros no planteó especiales problemas, lo que no ocurrió por el contrario con la cuestión de los índices. Aunque la Comisión y el Gobierno disponían de información acerca del lamentable estado en el que se encontraban, nunca tuvieron un conocimiento exacto de la verdadera situación: en muchos Oficios de hipoteca los índices eran inexistentes y en otros totalmente inservibles. Además, numerosos de los asientos originales impedían identificar adecuadamente las fincas a las que se referían".

⁶⁴ **Artículo 404 de la L.H. de 1869.-** "El propietario que careciere de título escrito de dominio podrá inscribir dicho dominio justificando su adquisición con las formalidades siguientes:

Primera. Presentará un escrito al Tribunal del partido en que radiquen los bienes, ó al del en que esté la parte principal si fuere una finca enclavada en varios partidos, refiriendo el modo con que los haya adquirido y las pruebas legales que de esta adquisición pueda ofrecer, y pidiendo que, con citación de aquel de quien procedan dichos bienes ó de su causahabiente y del Fiscal del Tribunal del partido, se le admitan las referidas pruebas y se declare su derecho.

Segunda. El Tribunal dará traslado de este escrito al Fiscal, citará á aquel de quien procedan los bienes su causahabiente, si fuere conocido, y á los que tengan en ellos cualquier derecho real; admitirá todas las pruebas pertinentes que se ofrezcan por el actor, por los interesados citados ó por el Fiscal del partido, en el término de ciento ochenta días, y convocará á las personas ignoradas á quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos que se fijarán en parajes públicos, y se insertarán tres veces en el Boletín oficial, a fin de que comparezcan si quisieren alegar su derecho.

Tercera. Trascurrido dicho plazo, oírá el Tribunal por escrito, sobre las reclamaciones y pruebas que se hubieren presentado, al Fiscal y á los demás que hayan concurrido al juicio y en vista de lo que alegaren, y calificando dichas pruebas por la crítica racional, declarará justificado ó no el dominio de los bienes de que se trate.

Cuarta. El Fiscal ó cualquiera de los interesados, podrá apelar de esta providencia, y si lo hiciere, se sustanciará el recurso por los trámites establecidos para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Quinta. Consentida ó confirmada dicha providencia, será en su caso título bastante para la inscripción del dominio.

Sexta. Cuando el valor del inmueble no excediere de 750 pesetas, será verbal la audiencia que según la regla tercera debe prestarse por escrito al Fiscal y á los interesados y la apelación, en su caso, seguirá los trámites establecidos para estos recursos en los juicios de menor cuantía".

Artículo 378 de la L.H. de 1869.- "Los que no teniendo inscrito ni el dominio ni la posesión de bienes inmuebles ó derechos reales, quisieren inscribir dicho dominio con las formalidades que se expresarán en el artículo 404 y siguientes, podrán solicitar la liberación en el mismo expediente, que deberá instruirse en el

se establece la presunción de propiedad y posesión del titular inscrito⁶⁵ y se amplió la eficacia de la protección registral modificando el artículo 34⁶⁶, implantando el sistema de notificaciones; es decir, condicionó la eficacia del nuevo asiento siempre que éste fuera notificado a los titulares inscritos en los veinte años anteriores.

Como podemos advertir la modificación más relevante, vinculada al caso estudiado, es la implementación del sistema de notificaciones en el artículo 34 que facultaba al *verus dominus* la posibilidad de accionar contra *"el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior proceda de un titulo*

Tribunal del partido donde radiquen los bienes, siempre que el escrito, las cédulas que han de darse á los notificados y los edictos comprendan las circunstancias prescritas en dichos artículos y en el 368. El Tribunal del partido procederá también con sujeción á lo prevenido en aquellos artículos y en los 369, 370, 371, 372 y 373, con las alteraciones indispensables por la diferencia de los casos".

⁶⁵ **ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio.** *"Derecho inmobiliario registral"*, Ed. Jurista, Lima, 2010, p. 70. Así señala que *"la ley de 1869 establece como innovación la presunción de propiedad y posesión del titular inscrito (legitimación registral), facilitando el ejercicio de los derechos por el titular inscrito. En la Ley de 1869, se presume, en el artículo 41, la posesión por el titular registral"*.

⁶⁶ **Artículo 34 de la L.H. de 1869.-** "No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro, o si la inscripción se hubiere notificado o hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días.

La notificación a que se refiere el párrafo anterior se verificará a solicitud del que, según el Registro, sea dueño del inmueble o del derecho real, por el mismo Registrador, verbalmente o por escrito, a los anteriores adquirentes que tuviesen registrado su derecho y residan en el territorio del Registro, y por edictos a los que se hallen ausentes o no sean conocidos, y a los herederos de los que hayan fallecido.

Los requeridos de cualquiera de estos modos que en el término de treinta días no presenten en el Juzgado o Tribunal correspondiente demanda que pueda invalidar la inscripción notificada, no podrán hacer valer su derecho, si alguno tuviesen, contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior proceda de un titulo falso o nulo.

La notificación personal se verificará dejando en poder del requerido un breve extracto de la parte de la inscripción que pueda interesarle, recogiendo recibos de ella, o si esto no fuere posible extendiendo el mismo Registrador una diligencia de entrega. Si el requerido contestase verbalmente que no tiene reclamación que hacer o dejare transcurrir el término de los treinta días sin traer al Registro documento que acredite la presentación de su demanda, el Registrador lo hará constar también por diligencia. Cuando el requerido contestase por escrito será éste firmado de su puño, y el Registrador lo conservará en su archivo.

Los edictos, en su caso, se publicarán y fijarán por el Registrador en los parajes acostumbrados del lugar en que radique la finca y del pueblo del Registro, y en el Boletín oficial de la provincia.

Si en los treinta días señalados no se entablare demanda que pueda dejar sin efecto la inscripción, el Registrador, ocho días después, pondrá en ésta una nota marginal expresando aquel resultado. En cualquiera otro caso no se extenderá dicha nota hasta que sea vencido en juicio el anterior adquirente que hubiera reclamado contra la inscripción.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y el derecho inscrito" (énfasis nuestro)

falso o nulo"; es decir, podía invalidar tanto la transferencia intermedia como la del tercer adquirente en caso de falsedad o nulidad, si faltaba la notificación a los titulares inscritos anteriormente. Esta reforma se debió a la fuerte discusión que hubo en la Comisión General de Codificación, donde finalmente predominó el respeto a la propiedad y el establecimiento del crédito territorial. Sin embargo, este sistema fue objeto de críticas como la expresada por CÁRDENAS, quien señaló que "si todo derecho real para ser efectivo contra tercero ha de constar en el registro, ¿para qué notificar y anunciar su constitución cada vez que se transmite o modifica? Y si el derecho no ha de ser efectivo contra tercero sino cuando se le haga saber por la notificación y el edicto, ¿qué vale su inscripción, ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica?"⁶⁷.

En esta misma línea se pronunciaron GALINDO y ESCOSURA que indicaron que este sistema restaba eficacia al principio de fe pública registral porque condicionaba la protección al tercer adquirente a un sistema ajeno al registro, sin tomar en cuenta la buena fe de éste ni lo publicitado por el Registro al momento de la adquisición⁶⁸. A esta posición se adhiere MÁS Y MONZÓ, quien señala que en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1869⁶⁹, se intenta establecer la plena seguridad de que nadie sea perjudicado

⁶⁷ CÁRDENAS, FRANCISCO DE. "Memoria histórica de los trabajos de Comisión de Codificación", en R.G.L.J., 1871, p. 171.

⁶⁸ GALINDO Y DE VERA, León y ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael de la. "Comentarios a la legislación hipotecaria de España", Ed. Tip. A. Marzo, 4 Ed., Tomo II, Madrid, 1899, p. 374 y ss.

⁶⁹ MÁS Y MONZÓ, Felipe. "Ley hipotecaria reformada", en R.G.L.J., 1871, p.11. La exposición de motivos de la L.H. de 1869 señalaba que *"la disposición contenida en el art. 34 queda reducida á que el que adquiere un derecho real del que en el registro aparece tenerle, no puede ser perjudicado, aunque después de obtener la inscripción se anule ó resuelva el derecho del transferente en virtud de título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del mismo registro. Esta declaración es justa, porque concilia el respeto que se debe á la propiedad con el establecimiento del crédito territorial. Si el registro público revela las causas de anularse ó resolverse el derecho del transferente, el que le adquirió no puede quejarse si se ve perjudicado porque soliciten la declaración de nulidad bien los que tengan inscrito su título bien los que no le hayan inscrito. Pero si el registro no da a conocer dichas causas, debe ya distinguirse entre los terceros que sujetándose á la ley hayan dado publicidad á su título, y los que hayan sido descuidados en cumplirla. Respecto de los primeros, ninguna razón podrá justificar que se les impidiera reclamar sus bienes donde quiera que se encontrasen, siempre que lo verificaran con arreglo al derecho común; pero no sucede lo mismo en cuanto á los segundos, puesto que por su descuido han de sufrir las consecuencias que determina la ley Hipotecaria, no pudiendo hacer valer su título para destruir en perjuicio de tercero otro título inscrito, aunque sea ilegítimo. Mas todo esto ofrece un inconveniente para el crédito territorial, porque los terceros quedan expuestos á perder su derecho si es falso ó nulo el título del hipotecante y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes á los mismos bienes, si su contenido no revela la falsedad ó nulidad.*

por derechos no inscritos. No obstante en el caso de derechos ya inscritos, que fueran falsos, la solución hubiera sido anular el artículo 33 (que declara que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos) que lleva a devolver al verdadero dueño o titular del derecho, su propiedad⁷⁰.

Nosotros creemos, contrariamente a estos argumentos, que el sistema de notificaciones que se pretendió implantar, trataba de resolver la gran discusión que había entre proteger el derecho de propiedad o la seguridad jurídica de la inscripción registral. En efecto, el sistema de notificaciones promovido en la Ley Hipotecaria de 1869 si bien poco depurada, en cuanto a la posibilidad de una notificación verbal a los anteriores propietarios, resultaba ser una herramienta idónea que garantizaba la validez de las inscripciones de los Registros.

Es por ello que este sistema de ningún modo vulneraba el principio de fe pública registral, por el contrario, lo complementaba porque el tercero que adquiere en virtud a lo publicitado por los Registros Públicos, no tendrá duda alguna de que está adquiriendo del titular del derecho y esta protección aumentaba, no frente a los títulos no inscritos pues de esto se encarga el principio de inoponibilidad, sino porque con este sistema de notificaciones los anteriores propietarios que no reclamen frente a las transmisiones intermedias no lo podrán hacer en el futuro, extinguiéndose su derecho de propiedad. Así, el artículo 34.3 de la Ley Hipotecaria de 1869 señala que *"los requeridos de cualquiera de estos modos que en el término de treinta días no presenten en el Juzgado o Tribunal correspondiente demanda que pueda invalidar la inscripción notificada, no podrán hacer*

En la nueva ley proyectada se procura remediar este inconveniente estableciéndose en el mismo art. 34 que los interesados en una inscripción puedan solicitar que esta se notifique á los que en los veinte años anteriores hubieren poseído los bienes á que la misma se refiera, á fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieran para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término. Ciertamente es que unas acciones que por el derecho común duran muchos años, se limita su duración á solo los treinta días, mediando la notificación que se ha indicado; pero justifica esto la necesidad de establecer el crédito territorial.

Es de tener presente que mientras sea precisa la liberación para que desaparezcan los peligros que ofrecen á los terceros los derechos anteriores á la ley de 1861, no inscritos ó que lo han sido defectuosamente, la misma liberación puede hacerse servir para que produzca el efecto de la notificación antes expresada, siendo ésta por ello innecesaria".

⁷⁰ SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma. Op. cit., p. 55.

valer su derecho, si alguno tuviesen, contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior proceda de un titulo falso o nulo".

Compartimos la reflexión del profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, que parece compartir la interpretación de CARDELLACH, que indica que *"probablemente la excesiva eficacia ofensiva atribuida en su origen a la inscripción motivó la reforma hipotecaria de 1869"*⁷¹ y no queda duda de esto, debido a que la Ley Hipotecaria de 1861 supuso un desmedro de la protección de la propiedad a favor de la fe pública registral, lo que supuso un cambio significativo de la tradición jurídica y que se intentó remediar con el sistema de notificaciones implementado en la Ley Hipotecaria de 1869, que funcionó parcialmente debido al alto costo que suponían las notificaciones en aquella época, pero que estuvo vigente hasta la reforma de 1944-1946.

III.3 EL INTENTO POR ARMONIZAR LAS ANTERIORES NORMAS REGISTRALES: LA LEY HIPOTECARIA DE 1909 Y SU FRACASO

Con posterioridad a la Ley Hipotecaria de 1869 se emitieron una serie de normas con carácter registral que la afectaron como la reforma del 17 de julio de 1877, donde se modificó el párrafo primero del artículo 34 de la referida ley⁷², por el que se exigía el requisito de onerosidad al tercer adquirente. Además, en 1881 se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil y en 1889 España finalmente logró adoptar un Código Civil único, el cual tardó años en promulgarse debido a la oposición de las regiones de derecho foral. No

⁷¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Op. cit., p. 460.

⁷² **Artículo 3 de la Ley de 17 julio de 1877.-** "El párrafo primero del art. 34 de dicha ley se sustituirá con el siguiente:

No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado **por título oneroso**, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro. Tampoco, se invalidarán dichos actos o contratos con respecto a las citadas personas, aun cuando después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito, si la inscripción hecha a favor de aquél se hubiere notificado a los que *en* los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días" (énfasis nuestro)

obstante, en este Código no se refunde toda la normativa registral sino sólo se incluyen ciertas directrices registrales relativas a los actos susceptibles de inscripción, inoponibilidad de títulos no inscritos, publicidad de los Registros Públicos y el reenvío a la Ley Hipotecaria⁷³.

También es preciso destacar la Ley Hipotecaria de Ultramar, publicada en 1893, que fue un intento previo de unificación de las normas registrales con las incluidas en el novel Código Civil. En este contexto surge la necesidad de armonizar las normas antes descritas en una nueva Ley Hipotecaria que fue promulgada el 21 de abril de 1909, con una modificación del 16 de diciembre del mismo año, y que conllevó la reforma del Reglamento Hipotecario el 6 de agosto de 1915.

Lamentablemente esta ley fracasó en gran parte por la excesiva eficacia que se le otorgó al principio de legitimación registral, artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909⁷⁴, ya que se indicaba que el titular inscrito tenía derecho a poseer, y ante su derecho cedía la posesión de hecho. Esto provocó serios conflictos sociales debido a la facilidad de la inscripción y si bien se había previsto el procedimiento para la inmatriculación de fincas, éste no era como lo conocemos ahora, porque no había un control efectivo respecto a la primera inscripción; es decir, no había determinación ni identificación topográfica de la

⁷³ **Artículo 605 del C.c.-** "El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

Artículo 606 del C.c.- "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros".

Artículo 607 del C.c.- "El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos".

Artículo 608 del C.c.- "Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".

⁷⁴ **Artículo 41 de la L.H. de 1909.-** "Quien tenga inscrito á su nombre el dominio de inmuebles ó derechos reales, se presume a los efectos del Código Civil que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código á favor del propietario y del poseedor de buena fe; y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y, reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código Civil".

finca, lo que posibilitaba los desahucios de los poseedores de hecho a favor del titular registral que, como repetimos, no se podía saber a ciencia cierta si era el propietario o no⁷⁵.

Como hemos señalado en el punto precedente, el sistema de notificaciones se mantuvo hasta la reforma de 1944-1946, pero en la Ley Hipotecaria de 1909 se añadió un último párrafo que indicaba lo siguiente:

*"Transcurrido el plazo de quince años desde su fecha, las inscripciones de bienes comprados al Estado, sean anteriores o posteriores a esta Ley, no podrán ser anuladas por exceso de cabida ni por otras causas que no consten en el Registro"*⁷⁶.

Además el sistema de notificaciones extendió su alcance a los supuestos de nulidad de asientos de cancelación por haberse practicado en virtud de título falso o nulo, o por error o fraude⁷⁷, según lo establecido en los artículos 97 y 99 de la Ley Hipotecaria de 1909, que literalmente establecían lo siguiente:

"Artículo 97.- La cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas sólo extingue, en cuanto á tercero, los derechos inscritos á que se afecte, si el título en virtud del cual se ha verificado no es falso ó nulo, ó se ha hecho a los que puedan reclamar la falsedad ó nulidad la notificación que prescribe el artículo 34, sin haberse formalizado tal reclamación, y no contiene el asiento vicio exterior de nulidad de los expresados en el artículo siguiente".

"Artículo 99.- Podrá declararse nula la cancelación con perjuicio de tercero, fuera del caso de haberse hecha la notificación del artículo 34:

Primero. Cuando se declare falso, nulo ó ineficaz el título en cuya virtud se hubiese hecho;

Segundo. Cuando se haya verificado por error ó fraude;

Tercero. Cuando lo haya ordenado un Juez ó Tribunal incompetente"

⁷⁵ **ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.** Op. cit., p. 74. El autor indica que *"si bien la creación de un sistema específico de ejecución hipotecaria se consolidaría en leyes posteriores, el nuevo sistema hipotecario de legitimación registral fracasó. El artículo 41 de la nueva Ley hubo de ser modificado por los graves problemas sociales que planteaba. El Decreto-ley de 13 de junio de 1927 tuvo por motivo inmediato que los labradores de la aldea de San Nicolás iban a ser desahuciados en masa por un titular registral. La facilidad de la inscripción y la falta de control de la realidad física de la finca, hacía inviable un sistema tan radical de legitimación registral. En la exposición de motivos del Real Decreto-ley de 1927 se señalaba que el artículo 41 «de un sólo golpe destruía las irreductibles diferencias entre posesión y propiedad», y «los llevadores de fincas durante siglos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios»".*

⁷⁶ **GACETA DE MADRID**, núm. 352, de 18/12/1909, páginas 598 a 605.
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1909/352/A00598-00605.pdf>

⁷⁷ **SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma.** Op. cit., p. 67.

Como podemos apreciar el sistema de notificaciones se fue perfeccionando con el transcurso del tiempo; sin embargo, el punto crucial para el declive práctico de este sistema, aparte de la fuerza desmedida del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909, fue el excesivo costo, a cargo del tercer adquirente, para notificar a los anteriores propietarios de la inscripción del tercero y por consistir en una herramienta que se consideraba ajena a los Registros Públicos.

III.4 LAS REFORMAS DE 1944 Y 1946: LA BASE DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA VIGENTE

Las reformas descritas anteriormente no llegaron a obtener los resultados deseados, lo que se advertía por la falta de inmatriculación de los inmuebles e inclusive, si estos habían sido inmatriculados, los posteriores cambios de titularidad registral o derechos reales que los afectaban no se inscribían perdiéndose el tracto sucesivo, por lo que el objetivo de los registros de recoger todas las transmisiones inmobiliarias no se cumplía; es decir, no se publicitaba adecuadamente la situación jurídica de las fincas.

En este sentido, se advirtió la necesidad de realizar una reforma a la Ley Hipotecaria, la cual tuvo dos etapas. La primera se inició con la Ley del 30 de diciembre de 1944⁷⁸, que modificaba directamente un conjunto de artículos de la Ley de 1909, y la segunda culminó con la promulgación de la Ley Hipotecaria del 8 de febrero de 1946, que perfeccionó la de 1944, y que trajo consigo la publicación del nuevo Reglamento Hipotecario del 14 de febrero de 1947.

⁷⁸ **BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO**, núm. 1, de 01/01/1945, páginas 4 a 30.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/001/A00004-00030.pdf>

Disposición adicional segunda de la Ley de 30 de diciembre de 1944.- "Sin perjuicio de la vigencia de esta ley, se autoriza al Gobierno para publicar, en el plazo máximo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar debidamente los textos legales vigentes y a abreviar el contenido de los asientos, sin mengua de los principios fundamentales del sistema, y a dar a aquellos preceptos una más adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo; basándose para ello en las disposiciones de la presente ley, en las del Reglamento Hipotecario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado".

Vid.: **RICA Y ARENAL, Ramón de la**. *"Comentarios a la ley de reforma hipotecaria"*, Ed. Aguilar, Madrid, 1945 y **ROCA SASTRE, Ramón**. *"La nueva ley de reforma hipotecaria (Breve examen informativo-crítico)"*, Ed. Reus, Madrid, 1945.

Podemos distinguir como elementos trascendentales de esta reforma que la primera inscripción debía ser de dominio⁷⁹, desapareciendo las inscripciones posesorias⁸⁰; se pretende controlar la efectividad e idoneidad de la primera inscripción; se mantiene la voluntariedad de la inscripción (exceptuándose la hipoteca⁸¹); se añade el requisito de buena fe del tercer adquirente y se elimina el sistema de notificaciones del artículo 34⁸²,

⁷⁹ **Artículo 7 de la L.H. de 1944.-** "La primera inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad será de dominio y se verificará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título XIII de esta Ley.

Artículo 7 de la L.H. de 1946.- "La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley.

El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento".

⁸⁰ En este sentido la parte expositiva de la Ley de reforma Hipotecaria de 1944 expresaba: "...Registro, tutela de derechos y posesión de facto se mueven en campos distintos...la posesión de hecho permanece completamente desconectada del Registro, de forma que quien ostente el señorío efectivo podrá siempre defenderse contra todo perturbador, cualquiera que sea el contenido de aquél. Llevar al Registro el simple señorío de hecho equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica en absoluto extraña a su naturaleza y fines". Frente a la legislación hipotecaria anterior que admitía el acceso de la posesión a los Registros Públicos, en la legislación hipotecaria vigente se dispuso lo contrario. Esto debido a que la posesión se opone al Registro, ya que mientras la posesión se desenvuelve el mundo extrarregistral, los Registros Públicos persiguen la idea de legitimación documentada que revela derechos sobre inmuebles atribuidos a sus respectivos titulares. Así queda expresado en NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Realidad y Registro", en *R.G.L.J.*, 1945, p. 415; ESPÍN, Eduardo, "La Sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión", en *Revista de Derecho Privado*, 1943, p. 593 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio "Algunos problemas en torno a la posesión", en *R.G.L.J.*, 1951, p. 599 y ss. y MARÍN PÉREZ, Pascual. "Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español", en *R.G.L.J.*, 1943, p. 240 y ss.

⁸¹ La hipoteca ordinaria se tiene que inscribir en el Registro y se trata de una inscripción constitutiva de lo contrario sería sólo un préstamo. CHICO Y ORTIZ, José María. "Estudios sobre derecho hipotecario", Ed. Marcial Pons, 4. Ed., tomo II, Barcelona, 2000, p. 1413 y ss.

A lo expresado por el autor debemos añadir que sin inscripción la hipoteca no se encuentra válidamente constituida, y ello en virtud de lo preceptuado en los artículos 1875 del Código Civil español y 145.2 de la Ley Hipotecaria de 1946 para las hipotecas voluntarias, y según los artículos 159 y 194 para las hipotecas legales, lo que también se aplica actualmente en virtud de la Ley 41/2007 para la hipoteca inversa.

⁸² **Artículo 34 de la L.H. de 1944.-** "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a leyes.

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del titular inscrito se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

Artículo 34 de la L.H. de 1946.- "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

colocando al principio de fe pública registral como el eje central del sistema hipotecario; se define la concepción de tercero⁸³; se refuerza la exactitud de los asientos publicitados por los registros⁸⁴; se incorpora un procedimiento para corregir las inexactitudes registrales⁸⁵;

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

⁸³ En la Exposición de Motivos de la L.H. de 1944 se indica que *"a los efectos de la fides pública no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa"*.

⁸⁴ **Artículo 25 de la L.H. de 1944.-** "Los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y **producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud, en los términos establecidos en esta Ley**".

Artículo 1 de la L.H. de 1946.- "El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles.

Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, **están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley**".

Artículo 38 de la L.H. de 1946.- "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero.

En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento.

Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos ciento treinta y cuatro y concordantes de esta Ley.

Las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo cuarenta y dos, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor".

⁸⁵ **Artículo 33 de la L.H. de 1944.-** "La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del derecho inmobiliario que no conste inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, cuando haya lugar a ello; segundo, por la reanudación de la vida registral, con arreglo a lo dispuesto en el título XIII de esta Ley, y tercero, por resolución judicial ordenando la rectificación.

se fija un procedimiento de carácter general para la liberación de cargas y gravámenes, entre otros⁸⁶.

Si aquella debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotada, la rectificación se verificará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el título IV o en virtud del procedimiento de liberación que determina el título XIII.

Siempre que la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determinan los artículos doscientos cincuenta y cuatro y siguientes. Si es por falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, y, en general, por cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

Cuando haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. Si se deniega totalmente la acción de rectificación ejercitada, se impondrán las costas al actor; si sólo se deniega en parte, decidirá el Juez a su prudente arbitrio.

La acción de rectificación será inseparable del derecho inmobiliario que se deriva.

En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe, durante la vigencia del asiento que se declare inexacto".

Cabe señalar que el artículo 33 de la L.H. de 1944 se corresponde con el artículo 40 de la L.H. de 1946.

⁸⁶ **Artículo 353 de la L.H. de 1944.-** "El procedimiento de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro".

Artículo 209 de la L.H. de 1946.- "El procedimiento de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro".

Artículo 354 de la L.H. de 1944.- "Los expedientes de liberación de gravámenes se tramitarán con sujeción a las siguientes reglas:

Primera. Será Juez competente, cualquiera sea la cuantía del gravamen a cancelar, el de Primera Instancia del Partido en que radiquen los bienes; y si la finca que se pretende liberar está situada en dos o más partidos, el de aquel que esté en la parte principal, considerándose como tal la que contenga la casa-habitación del dueño, o en su defecto, la casa-labor; y si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida.

Si la liberación se ha de referir a un ferrocarril, canal u otra obra de análoga naturaleza que atraviese varios partidos, se considerará parte principal aquella en que esté el punto de arranque de la obra.

Segunda. El titular de la finca o derecho gravado con las cargas cuya liberación se pretende comparecerá sobre el Juzgado sin necesidad de Abogado ni Procurador, presentado un escrito, al que acompañará una certificación del Registro que acredite su calidad de titular, y en la que se insertará literalmente la mención, anotación o inscripción que se pretenda cancelar.

Tercera. El Juzgado citará personalmente o por cédula, en la forma determinada por Ley de Enjuiciamiento Civil, al titular o titulares de los mismos o sus causahabientes, si su domicilio fuere conocido; de no serlo, serán citados por edictos, que se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia, en los tablones de anuncios del Ayuntamiento, Juzgado Municipal y en el del Juzgado en que se siga el procedimiento.

Cuarta. Los citados en cualquiera de estas formas podrán comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga, en un plazo de diez días, a contar desde la citación personal, o por cédula, o, en su caso desde el de la publicación de los edictos.

Quinta. Si comparecieren y se allanaren a la pretensión deducida por el actor, el Juez dictará sentencia ordenando la cancelación correspondiente.

Sexta. Si se opusieren se seguirá el juicio por los trámites marcados para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Séptima. En caso de no comparecer, se publicará nuevos edictos, por un plazo igual de veinte días, y si transcurrido este período no hubieren tampoco comparecido, se dará traslado del expediente al Ministerio Fiscal, a fin de que informe en el término de ocho días sobre si se han cumplido las formalidades prevenidas en esta Ley. Si el Ministerio Fiscal encontrare algunos defectos se subsanarán, y si no los hallare, así como una vez subsanados los que señalare, el Juez dictará sentencia.

Es preciso indicar que la reforma del artículo 34 y la eliminación del sistema de notificaciones tuvo sus detractores. Así, para PELAYO HORE con esta nueva redacción quien tenga una finca no inscrita no tiene que temer las falsificaciones de títulos, porque en derecho civil nadie puede transmitir lo que no tiene, mientras el que tenga una finca inscrita, carece de garantías frente a un usurpador que suplante su identidad o falsifique un título⁸⁷. Mientras que para NUÑEZ LAGOS cuando suceden estos casos se da lugar a un

Si el titular del asiento que se pretenda cancelar hubiera sido citado personalmente, no será precisa la publicación de los edictos que previene esta regla.

Octava. La sentencia que se dicte, en cualquiera de las hipótesis comprendidas en las tres reglas precedentes, será apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelación por los trámites de los incidentes.

Novena. Será título bastante para obtener la cancelación el testimonio literal de la sentencia firme, expedido por el Secretario judicial, con el visto bueno del Juez".

Artículo 354 de la L.H. de 1946.- "Los expedientes de liberación se tramitarán con sujeción a las siguientes reglas:

Primera. Será Juez competente, cualquiera que sea la cuantía del gravamen a cancelar, el de primera instancia del partido en que radiquen los bienes, y si la finca que se pretende liberar está situada en dos o más partidos, el de aquel en que esté la parte principal, considerándose como tal la que contenga la casa-habitación del dueño o, en su defecto, la casa-labor, y, si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida.

Si la liberación se ha de referir a un ferrocarril, canal u otra obra de análoga naturaleza que atraviese varios partidos, se considerará parte principal aquella en que esté el punto de arranque de la obra.

Segunda. El titular de la finca o derecho gravado con las cargas cuya liberación se pretende comparecerá ante el Juzgado sin necesidad de Abogado ni Procurador, presentando un escrito, al que acompañará una certificación del Registro que acredite su calidad de titular y en la que se insertará literalmente la mención, anotación o inscripción que se pretenda cancelar.

Tercera. El Juzgado citará, personalmente o por cédula, en la forma determinada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al titular o titulares de dichos asientos o a sus causahabientes, si su domicilio fuere conocido; de no serlo, serán citados por edictos, que se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia, en los tablones de anuncios del Ayuntamiento, Juzgado Municipal y en el del Juzgado en que se siga el procedimiento.

Cuarta. Los citados en cualquiera de estas formas podrán comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga en un plazo de diez días, a contar desde el de la citación personal o por cédula, o, en su caso, desde el de la publicación de los edictos.

Quinta. Si comparecieren y se allanaren a la pretensión deducida por el actor, el Juez dictará sentencia ordenando la cancelación correspondiente.

Sexta. Si se opusieren, se seguirá el juicio por los trámites marcados para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Séptima. En el caso de no comparecer, se publicarán nuevos edictos, por un plazo de veinte días, y si transcurrido este período no hubieren tampoco comparecido, se dará traslado del expediente al Ministerio Fiscal, a fin de que informe en término de ocho días sobre si se han cumplido las formalidades prevenidas en esta Ley. Si el Ministerio Fiscal encontrare algunos defectos, se subsanarán, y si no los hallare, así como una vez subsanados los que señalare, el Juez dictará sentencia.

Si el titular del asiento que se pretenda cancelar hubiere sido citado personalmente, no será necesaria la publicación de los edictos que previene esta regla.

Octava. La sentencia que se dicte, en cualquiera de los supuestos comprendidos en las tres reglas precedentes, será apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelación por los trámites de los incidentes.

Novena. Será título bastante para obtener la cancelación el testimonio literal de la sentencia firme".

⁸⁷ **PELAYO HORE, Santiago.** "La reforma hipotecaria", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 336, 1945, p. 145.

delito de falsedad del Código Penal lo que motiva no sólo su cancelación, sino también la de todos los asientos derivados de éste, incluso el del tercero del artículo 34, porque donde hay falsedad no hay fe pública⁸⁸. Por otra parte SANZ FERNÁNDEZ sostenía la defensa de la reforma de 1944 que suprimía del texto el artículo 32, por considerarlo absorbido por el artículo 34, al ser la otra cara de la moneda del principio de fe pública registral⁸⁹.

Cabe señalar que desde la publicación de la Ley Hipotecaria de 1946 hasta la fecha podemos enumerar 22 modificaciones; sin embargo, todas estas siguen la misma línea de la citada Ley, la que se inspiró en los principios de la Ley Hipotecaria de 1861. No nos detendremos a analizar los aspectos resaltantes de cada una de estas modificaciones, debido a que este no es el objeto de estudio, por lo que únicamente nos referiremos al principio de fe pública registral a la luz de lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la vigente Ley Hipotecaria vinculado al caso materia de estudio⁹⁰.

IV. LA PROTECCIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

Debemos empezar señalando que en el ordenamiento jurídico español se protege sobremanera la adquisición del "tercero hipotecario" (tercer adquirente) lo que se refleja en las diversas sentencias del Tribunal Supremo⁹¹, siendo de especial importancia las sentencias de la Sala Civil N° 1192/2007 y 5823/2007, del 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, respectivamente, que fijaron doctrina sobre la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Así en la sentencia del 5 de marzo de 2007 se estableció lo siguiente:

⁸⁸ **NUÑEZ LAGOS, Rafael.** "El registro de la propiedad español", en *R.C.D.I.*, núm. 250 y 251, 1949.

⁸⁹ **SANZ FERNÁNDEZ, Ángel.** "Un aspecto de la fe pública registral", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 337, 1945, p. 226.

⁹⁰ Vid. supra nota 82, vid. infra nota 96.

⁹¹ Sentencias de la Sala Civil del T.S. de 16 de marzo de 2007 (1627/2007), de 20 de marzo de 2007 (1604/2007), de 10 de octubre de 2007 (6170/2007), de 5 de mayo de 2008 (2563/2008), de 14 de mayo de 2008 (2750/2008), de 8 de octubre de 2008 (5353/2008), de 20 de noviembre de 2008 (6233/2008), de 18 de diciembre de 2008 (7035/2008), de 6 de marzo de 2009 (1143/2009), de 23 de abril de 2010 (3299/2010), de 30 de abril de 2010 (2162/2010), de 20 de julio de 2010 (4215/2010) y de 31 de marzo de 2011 (2674/2011).

"SÉPTIMO.- La doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente.

Esto último se comprende mejor si la conjunción "aunque" se interpreta como equivalente a "incluso cuando", o imaginando antes de aquélla un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del vigente Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, suprimió el artículo 23 de la ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto, por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de la fe pública registral como elemento básico del sistema. Por eso el preámbulo de dicha ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de "tercero" que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería "únicamente al tercer adquirente es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra 'tercero' por la de 'adquirente', pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo"⁹² (énfasis nuestro)

Mientras que en la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo del 7 de septiembre de 2007 se instituyó lo siguiente:

"6ª A partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de marzo del corriente año (recurso nº 5299/99), dictada con propósito unificador de la jurisprudencia sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no cabe ya sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende. Como en esa misma sentencia se declara, el artículo 34 de la

⁹² Esta doctrina aplicada al caso materia de litigio se resume en lo expresado en el fundamento octavo de la sentencia que indica que "aún cuando no corresponda ahora a esta Sala interpretar dicho artículo 594, ya que la adquisición de que se trata en el presente recurso fue muy anterior a su entrada en vigor, sí procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro".

Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones a non domino, y por tanto el artículo 33 de la misma ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente ni desde luego con el más o menos íntegro pago del precio de la primera compraventa, como ya señaló la sentencia de 11 de octubre de 2006 (recurso n° 4490/99), sino con los requisitos propios del título o, en su caso, del procedimiento de apremio que hubiera culminado con la adquisición inscrita. Además, la sentencia de 20 de marzo del corriente año (recurso n° 1098/00), que aplica ya expresamente la doctrina de la de 5 de marzo sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, declara que los autores y la jurisprudencia han admitido la validez de la venta de cosa ajena, "en el sentido de que el vendedor puede adquirirla posteriormente y dejar como definitiva la transmisión, o puede darse la obligación de saneamiento por evicción, o puede dar lugar a la adquisición a non domino" por el juego de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil.

7ª De lo antedicho se desprende que no hay ya una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable periodo de tiempo; dicho de otra forma procede fijar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de "una cierta coetaneidad cronológica" entre las dos o más ventas en conflicto".

Sobre esta doctrina unificadora de la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se ha pronunciado el profesor MURGA FERNÁNDEZ⁹³, quien la considera acertada debido a que la venta, tanto ordinaria como judicial, de cosa ajena es válida, pues la falta de poder de disposición es un requisito de validez del modo o tradición y no del título y porque el principio de fe pública registral contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones *a non domino*, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 33 del referido cuerpo legal, en la medida en que viene a salvar la falta de poder de disposición.

En la misma línea se ha pronunciado la profesora CUENA CASAS⁹⁴ quien señala que la fe pública registral prescrita en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria subsana una *traditio*

⁹³ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. "La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007", en *R.C.D.I.*, núm. 732, 2012, p. 1973 y ss.

⁹⁴ "Comentario de la Sentencia del T.S. de 5 de marzo de 2007. Alcance del art. 34 LH en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral" que se encuentra en YZQUIERDO TOLSADA,

viciada por falta de poder de disposición del *tradens* y agrega que si el poder de disposición fuera un requisito del título no cabría consolidar una adquisición a *non domino*, porque sería contrario al artículo 33 de la Ley Hipotecaria y haría inoperativo el principio de principio de fe pública registral. Por último resalta que el sistema patrimonial español está edificado sobre la base de la situación del poder de disposición fuera del ámbito contractual; es decir, sobre la separación entre negocios de obligación y de disposición⁹⁵.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, creemos necesario apartarnos de la posición mayoritaria que protege la adquisición del derecho de propiedad por parte del tercero hipotecario cuando la inexactitud registral, sobre la que éste adquiere el inmueble, proviene de un documento público falso. En los siguientes puntos defenderemos nuestra posición, incluso en contra de la literalidad de lo expuesto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 34 de la citada Ley.

IV.1 LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA TEORÍA DE LA APARIENCIA

Como hemos podido apreciar de lo expuesto en el punto III, la evolución de la Ley Hipotecaria se ha orientado a la protección del tercer adquirente, lo que definitivamente se logró con el actual artículo 34 de la citada ley⁹⁶. Sin embargo, no debemos olvidar que la apariencia juega un rol fundamental en la protección del tercero quien adquiere "*algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*".

Mariano. *"Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Vol. 1 (2005-2007)"*, Ed. Dykinson, 1 Ed., Madrid, 2008, pp. 331-382.

⁹⁵ La autora agrega que la validez de la venta de cosa ajena también es necesaria para el funcionamiento de otras instituciones como el saneamiento por evicción o la usucapión ordinaria.

⁹⁶ **Artículo 34 de la vigente L.H.-** "El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

En ese sentido, es preciso detenernos en analizar si los actos realizados por este sujeto que actuó en base a un hecho jurídico aparente, son definitivos y oponibles como lo serían los actos fundados en situaciones absolutamente regulares. La respuesta es afirmativa, y tiene como base la teoría de la apariencia que sirve de fundamento para asignarle un derecho subjetivo al sujeto que actuó de buena fe y participó confiando en la validez de la relación jurídica, en la que cualquier otro sujeto también podría haber confiado⁹⁷.

Así, la apariencia siempre conducirá a los sujetos a una convicción equivocada, pues su sustento no existe realmente, razón por la que se le debe exigir ciertos requisitos para que pueda ser amparado, más aún cuando esta apariencia será fuente de derechos donde se le otorgarán derechos a unos y se les extinguirán derechos a otros.

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto II.4.2 del presente trabajo, donde desarrollamos los requisitos exigidos para aplicar la **TEORÍA DE LA APARIENCIA**, creemos que es indispensable ampliarlos y valorarlos a la luz de lo expuesto en el caso materia de estudio conjuntamente con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que haremos a continuación.

IV.1.1 LA INFORMACIÓN APARENTE PUBLICITADA POR LOS REGISTROS PÚBLICOS

El **principio de legitimación** fundamenta la necesidad de la protección jurídica de la apariencia que brindan los asientos de los Registros Públicos. Así, justifica la actuación del titular registral sobre su derecho, únicamente porque éste inscribió y, por ende, se acogió al sistema de publicidad previsto en la Ley Hipotecaria. Igualmente justifica que, el tercero de buena fe que ha adquirido algún derecho en base a la situación publicitada por

⁹⁷ **SACCO, Rodolfo.** *"La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato"*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1949, p. 55, quien afirma que *"un hecho irreal es aparente cuando lo cree real, luego de un examen superficial, la generalidad de los terceros o, en su ausencia, un sujeto hipotético, constituido con la más lata abstracción"*.

los Registros Públicos deberá ser mantenido en su derecho siempre que estos asientos cumplan con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria⁹⁸.

Como consecuencia del principio de legitimación prescrito en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria⁹⁹, los asientos del Registro se presumen exactos y veraces¹⁰⁰, por lo que el titular registral que cuenta con su derecho inscrito se encuentra legitimado para actuar en el tráfico jurídico, en la forma y con la extensión que el propio asiento determina, mientras éste asiento no sea declarado inexacto judicialmente, tal como lo establece el artículo 1.3 de la citada Ley.

⁹⁸ **Artículo 9 de la vigente L.H.-** "Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes:

Primera. La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título.

Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.

La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica.

Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

Segunda. La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.

Tercera. El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.

Cuarta. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.

Quinta. La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

Sexta. El título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice.

Séptima. La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.

Octava. La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde se hubiere tomado.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones".

⁹⁹ **Artículo 38, primer párrafo, de la vigente L.H.-** "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos".

¹⁰⁰ **Artículo 1, tercer párrafo, de la vigente L.H.-** "Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley".

Ahora remitámonos al caso propuesto donde A es propietario de un inmueble que diligentemente inscribió su derecho de propiedad en los Registros Públicos y, de este modo, aparece como titular registral. Posteriormente A sufre la falsificación de una escritura pública, donde X suplanta su identidad y transfiere el inmueble a favor de B, quien también inscribe su "derecho de propiedad", por lo que amparándose en la apariencia así como la fe pública registral que brindan los Registros Públicos transfiere el inmueble a C, quien también inscribe su derecho de propiedad en los Registros Públicos. Tanto B como C han adquirido de quien aparecía en los Registros Públicos con facultades para disponer del derecho de propiedad, por lo que deberían ser mantenidos en sus adquisiciones. No queda duda, a pesar que A sufrió la falsificación, que B verificó las facultades que supuestamente tenía X, quien suplantó la identidad de A, y lo mismo C, respecto de B, por ello aplicando la legislación hipotecaria vigente estos asientos deberían conferir a B y C una posición inatacable.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente cabe preguntarnos ¿en estas dos transferencias es aplicable la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? La respuesta es negativa. En efecto, si dividimos el supuesto en dos momentos; es decir, en las dos transferencias realizadas, la primera de A a B y la segunda de B a C, la única que en principio, y sólo en principio, pues lo desvirtuaremos más adelante, que podría ser protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sería la segunda transferencia de B a C, porque la primera estaría dentro del ámbito de aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria¹⁰¹ al tratarse de un negocio jurídico inexistente, como detallaremos en el punto IV.2.1.

En efecto, si A hubiera tenido la diligencia extraordinaria de ir día a día a los Registros Públicos y revisar el asiento donde constaba la inscripción de su derecho, hubiera podido percatarse de la falsificada transferencia a favor de B y accionar directamente contra éste para recuperar su derecho de propiedad, donde se aplicaría el

¹⁰¹ **Artículo 33 de la vigente L.H.-** "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes".

artículo 33 de la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción de B no convalida el negocio, impidiendo que éste ostente el derecho de propiedad que le habría sido arrebatado a A y donde ambos forman parte de una relación jurídica *sui generis*¹⁰².

IV.1.2 LA INSCRIPCIÓN DEL TERCERO

Este requisito está vinculado al **principio de rogación y titulación auténtica**, por lo que la inscripción en los Registros Públicos se realiza mediante documento público y a instancia de parte, tal como se encuentra prescrito en los artículos 3 y 6 de la Ley Hipotecaria¹⁰³, respectivamente. Asimismo, de lo prescrito en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no queda duda de la necesidad de que el tercer adquirente deba inscribir su derecho y de que la titularidad de quien le transfiere el derecho también conste inscrita, para que este tercero se vea cubierto por el manto protector de los Registros Públicos que "legitima" su adquisición.

En el caso propuesto, C inscribió su derecho de propiedad pues verificó que su transferente (B) se encontraba inscrito y, a su vez, B inscribió su derecho en virtud de la escritura falsificada, comprobando que A se encontraba inscrito como titular registral. La cuestión radica en analizar si las transferencias a favor de B y C debieron calificarse positivamente y acceder a los Registros Públicos y si existe algún tipo de responsabilidad en el notario y el registrador, lo que analizaremos en el punto IV.5.2.

¹⁰² La denominamos una relación jurídica *sui generis*, a pesar que en un plano jurídico material es una relación inexistente. La aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria serviría de fundamento para que A pueda accionar contra B, de lo contrario carecería de legitimidad para accionar procesalmente.

¹⁰³ **Artículo 3 de la vigente L.H.-** "Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos".

Artículo 6 de la vigente L.H.- "La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

- a) Por el que adquiriera el derecho.
- b) Por el que lo transmita.
- c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos".

IV.1.3 LA ADQUISICIÓN DEL TERCERO A TÍTULO ONEROSO

Debemos señalar que la adquisición a título oneroso, visto a la luz de lo prescrito en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, significa adquirir un derecho mediante prestaciones recíprocas en el marco de una relación jurídica con contenido económico, donde uno obtenga el derecho de propiedad y el otro reciba un beneficio patrimonial. Esta exigencia fue incluida en la reforma del artículo 34 en la Ley Hipotecaria de 1877¹⁰⁴, la misma que fue ratificada en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 que expresó lo siguiente:

"Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente" (énfasis nuestro)

De la referida Exposición de Motivos podemos entender el por qué se incluyó el requisito de la onerosidad, ya que resulta entendible que se privilegie al sujeto que realizó un desplazamiento patrimonial a favor del titular "aparente" para obtener un derecho de propiedad, sobre quien no realiza tal desplazamiento patrimonial, esto en aras de evitar los contratos simulados y para proteger el tráfico de la propiedad inmobiliaria. Actualmente la doctrina española es pacífica respecto a la onerosidad del título del tercer adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁰⁵, sin embargo esto no significa que el tercero que

¹⁰⁴ Vid. supra nota 72.

¹⁰⁵ Esto se deriva de la interpretación literal del artículo 34 de la L.H., no obstante la discusión se mantiene en la doctrina respecto a la exigencia de este requisito en el artículo 32 de la misma ley, así surge la controversia si la legislación hipotecaria contiene uno o dos terceros hipotecarios, el latino y el germánico. La tesis monista defiende a un sólo tercero hipotecario en la legislación española, que es el tercero del artículo 34 L.H., siendo las demás alusiones al tercero en otros preceptos, simples manifestaciones del mismo y la tesis dualista se centra fundamentalmente en la distinción entre los terceros de los artículos 32 y 34 L.H., como situaciones o terceros que responden a conceptos diferentes, a realidades o supuestos de hecho distintos y a requisitos igualmente diferenciados, sin embargo, esta cuestión no será abordada en el presente trabajo, pero es necesaria ponerla de manifiesto. Como exponentes de la tesis monista destacan **ROCA SASTRE, Ramón**. "Estudios de Derecho Privado", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2 Ed., Tomo I, Madrid, 2009; **GONZÁLEZ, Jerónimo** "Estudios de Derecho Hipotecario y Civil", Ed. Civitas, 1. Ed., Madrid, 2009; **SANZ FERNÁNDEZ, Ángel**. "Instituciones de Derecho Hipotecario", Ed. Reus, Tomo I, Madrid, 1947; **PAU PEDRÓN, Antonio**. "Elementos de Derecho Hipotecario", Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2 Ed., Madrid, 2003 y **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción**. "El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley

adquirió en virtud de título gratuito esté desprotegido, sino que sólo gozará de la protección que tuviera su causante o transferente.

IV.1.4 LA BUENA FE DEL TERCERO

Este requisito, a pesar de que se encuentra descrito expresamente en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es producto de la evolución histórica señalada en el punto III del presente trabajo. En efecto, si bien el legislador de 1861 ya había advertido la necesidad de que estuviese presente, incluyéndolo dentro del principio de inoponibilidad¹⁰⁶, recién con la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1944 se incluyó la buena fe dentro del referido artículo. Cabe señalar que la inclusión del concepto de buena fe en la Ley Hipotecaria de 1944 se debe, en gran medida, a la necesidad de armonizar el ordenamiento jurídico español, pues el Código Civil de 1889 incluyó la buena fe en el artículo 1951, primer párrafo, que literalmente establece lo siguiente:

*"Artículo 1951.- Las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales."*¹⁰⁷ (énfasis nuestro)

Posteriormente mediante Decreto 1836/1974, del 31 de mayo de 1974, se reformó el Código Civil y en el artículo 7.1 del Código Civil¹⁰⁸ se determinó la buena fe como un principio general del derecho aplicable a todas las relaciones de carácter patrimonial. De este modo no cabe ninguna duda que cualquiera sea el derecho, éste debe ser ejercitado de

Hipotecaria", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Mientras que en la tesis dualista se posicionan **LA CRUZ BERDEJO** y **SANCHO REBULLIDA**. *"Derecho inmobiliario registral"*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968; **DIEZ PICAZO** y **PONCE DE LEÓN, Luis**. "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas" en *"Leyes Hipotecarias y Registrales en España. Fuentes y evolución"*, Ed. Castalia, Madrid, 1974 y **GARCÍA GARCÍA, José Manuel**. *"Derecho inmobiliario registral o hipotecario"*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

¹⁰⁶ Exposición de Motivos de la L.H. de 1861: "en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro".

¹⁰⁷ **BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO**, núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp. 249-259.
<https://www.boe.es/boe/dias/1889/07/25/pdfs/A00249-00259.pdf>

¹⁰⁸ **Artículo 7 del C.c.-**

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

acuerdo con la buena fe, incluyendo los derechos que se deriven de la legislación hipotecaria, pues este principio afecta a todo el ordenamiento jurídico. Es por ello que el artículo 34, segundo párrafo, de la Ley Hipotecaria señala que “*la buena fe del tercero se presume, siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*”, siendo esta una **presunción *iuris tantum***¹⁰⁹.

A) Concepción ética de la buena fe

La mayoría de la doctrina entiende la buena fe como **desconocimiento** del tercer adquirente de la inexactitud del Registro, por ello cuando se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del Registro, estaremos ante un tercero de mala fe. Así, la buena fe consistiría en que el tercero ignore el vicio de su título¹¹⁰, sumado a la creencia de que adquirió el derecho de propiedad de quien era su titular y podía transmitir su dominio¹¹¹.

Sin embargo, nosotros no compartimos esta definición de buena fe-desconocimiento. Por el contrario, creemos que la buena fe exigida en el citado artículo 34 es la **buena fe-diligencia**, esto debido a que si realizamos una interpretación sistemática de la ley, podemos encontrar que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria así se lo exige al tercer adquirente¹¹², donde se advierte la posibilidad de que el tercer adquirente deba desconocer

¹⁰⁹ **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** “*Sistema de Derecho Civil*”, Ed. Tecnos, 7 Ed., Vol. 3, Madrid, 2001, p. 281. Según el autor, lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una presunción *iuris tantum*, ya que en concordancia con el artículo 36 de la citada ley, la buena fe requiere el despliegue de una diligencia para cerciorarse de que hay concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

¹¹⁰ **Artículo 433 del C.c.-** “Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.
Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”.

¹¹¹ **Artículo 1950 del C.c.-** “La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”.

¹¹² **Artículo 36 de la vigente L.H.-** “Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo treinta y cuatro, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:
a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta

si existe posesión de hecho y a título de dueño para que no opere contra él una prescripción adquisitiva contra tabulas.

Nuestra posición concuerda con la expuesta por DIEZ PICAZO, cuando al referirse sobre la prescripción contra tabulas indica lo siguiente:

*“En tal sentido, la buena fe no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada, un proceder o comportamiento honesto y leal. Ello, traducido al caso de la prescripción contra tabulas, significa que el adquirente debe haber inspeccionado la finca, y si no lo ha hecho, no ha actuado diligentemente, y por consiguiente carece de la buena fe necesaria para resultar protegido por el Registro”*¹¹³ (énfasis nuestro)

En esa misma línea se pronuncia el profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ cuando se manifiesta sobre la buena fe-diligencia e indica lo siguiente:

"Dogmáticamente esta dualidad de contenido doctrinal del requisito de la buena fe en la inscripción registral a efectos de beneficiarse de la condición de tercero hipotecario refleja las incertidumbres dogmáticas sobre la eficacia de la inscripción, y sobre el sentido y alcance de la publicidad registral. En el ámbito de la valoración de la buena fe es donde se hace efectivo el mayor grado de discrecionalidad judicial y por ello es ahí donde encontramos las mayores contradicciones jurisprudenciales. En mi opinión como ya he expuesto el deber de diligencia del adquirente para merecer la protección del sistema de la publicidad registral esta legislativamente incorporado al Art. 36 de la LH, que le impone el deber no solo de investigar la posesión contraria, sino aun de si no la conoció

pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero".

¹¹³ **DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.** “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, 4 Ed., Vol. 3. Madrid, 1995, p. 346.

o debió conocerla interrumpirla en el año de su adquisición (a tenor del Art. 36 LH)¹¹⁴ (énfasis nuestro).

La exigencia de la buena fe-diligencia al tercer adquirente también es asumida por el profesor GORDILLO CAÑAS quien señala lo siguiente:

*“La sola denominación de buena fe ya la diferencia valorativamente de la simple ignorancia y la envuelve en un ámbito de moral que la configura en forma decisiva. **Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible.** De igual modo, repárese en que el Registro es una verdad formal que no agota la realidad jurídica, y si ésta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces **no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta aclarar la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad**”*¹¹⁵.

Esta posición parece ser aceptada por un sector de la jurisprudencia española¹¹⁶, la que se plasma en la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 1007/2005, del 18 de febrero de 2005, que indica lo siguiente:

“...la buena fe no solo significa “requiere” el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS., entre otras, 14 febrero 2000 ; 8 marzo 2001 ; 7 diciembre 2004 “no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber

¹¹⁴ **ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.** Op. cit., p. 477. El autor además añade que “para reconocer la eficacia de la publicidad registral frente al tercero no basta con la condición de adquirente a título oneroso con buena fe (esto es, desconociendo la falta de titularidad del transmitente) sino una buena fe activa, que haya agotado los medios ordinarios de investigación de la titularidad del transmitente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del registro como instrumento defraudatorio” en **ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.** “Derecho Inmobiliario Registral. Semblanza y Estudio Preliminar de Gunther Hernán Gonzales Barrón”, núm. 4, Ed. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 239.

¹¹⁵ **GORDILLO CAÑAS, Antonio.** “El Principio de Fe Pública Registral”. Parte I, en A.D.C., Vol. 59, Fascículo 2, Abril-Junio de 2006, p. 587 y ss. El autor agrega que “el diligente deber de averiguación en que consiste la consulta al Registro, deriva de la conocida excepción al principio de fe pública registral que suponen los derechos reales patentes, dentro de los cuales se incluye a la posesión. Justamente porque su existencia se manifiesta naturalmente de forma que tiene que herir los sentidos y, por ende, han de perjudicar al tercero, aunque de ellos no les haga noticia el Registro”.

¹¹⁶ Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en la sentencias de la Sala Civil del T.S. siendo destacables las de fecha 13 de mayo de 2011 (2900/2011), 22 de septiembre de 2008 (4775/2008), 7 de noviembre de 2006 (6762/2006), 11 de octubre de 2006 (6598/2006), 30 de diciembre de 2005 (8306/2005), 25 de febrero de 2005 (1196/2005), 7 de diciembre de 2004 (7909/2004),

conocido"). *Un fundado estado de duda en el adquirente, sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S.7 diciembre 2004, que cita la de 14 junio 1988)"* (énfasis nuestro)

Inclusive la Sala Civil del Tribunal Supremo en la sentencia N° 6377/2010, del 10 de noviembre de 2010, aprecia que si bien no es aplicable la buena fe en el caso materia de litigio, correctamente la delimita de la siguiente forma:

"La alegación de falta de buena fe no puede ser estimada porque, si bien la sentencia recurrida incurre en una apreciación equivocada cuando parece limitar el ámbito de la buena fe del art. 34 LH a lo que resulta del Registro de la Propiedad, lo que no es conforme a la doctrina de esta Sala que la extiende también al desconocimiento de la realidad extrarregistral (SS., entre otras 8 de marzo de 2.001, 7 de diciembre de 2.004, 18 de febrero y 5 de octubre de 2.005, 11 de octubre y 7 de noviembre de 2.006, 14 de mayo de 2.007, 18 de marzo y 14 de mayo de 2.008, 13 de mayo de 2.009), de tal modo que se excluye no solo cuando se conoce dicha realidad sino también cuando no se desplegó la diligencia normal o adecuada a las circunstancias que habría permitido el conocimiento (SS., entre otras, 25 de mayo y 7 de noviembre de 2.006; 7 de septiembre de 2.007; y, 22 de enero, 22 de septiembre, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2.008), sin embargo el juzgador de segunda instancia entra en la valoración de los hechos y razona que de los mismos no se deduce la falta de buena fe" (énfasis nuestro)

También resulta destacable la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 9198/2012, del 11 de diciembre de 2012, que precisa lo siguiente:

"Llegados a este extremo, también hay que profundizar desde el citado principio general de buena fe, ya como aplicación concreta del mismo, o bien como fundamento informador, que su conexión con la protección registral comporta desde su concepción ética y social un canon básico de conducta diligente o de conocimiento que excede a la mera creencia de un hecho o situación como puro estado psicológico, de forma que la protección registral no resulta aplicable cuando la ignorancia o desconocimiento, ya de la inexactitud del Registro, o bien de los vicios o defectos que afecten a la titularidad del propietario, es imputable a la mala fe o negligencia del adquirente que conoció o debió conocer dicha irregularidad ante hechos o indicios claros, manifiestos o inequívocos al respecto. (SSTs de 25 octubre de 1999 , 8 marzo de 2001 y 11 octubre de 2006 , entre otras)" (énfasis nuestro)

Sin perjuicio de lo antes expuesto, creemos que el razonamiento jurídico que expresa con rotunda claridad el apoyo a la buena fe-diligencia se obtiene de la sentencia de la Sala Civil N° 5823/2007, del 7 de septiembre de 2007, que fijó doctrina sobre la

aplicación del artículo 1473 del Código Civil con relación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que al valorar la buena fe del tercer adquirente, que tuvo conocimiento sobre la posesión que ostentaba el primer comprador¹¹⁷, indicó lo siguiente:

"En consecuencia, si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, sólo a su notoria negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil" (énfasis nuestro)

Es necesario advertir que si realizamos una interpretación unitaria de la Ley Hipotecaria; es decir, una interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, obtendremos que la buena fe exigida al tercer adquirente es la buena fe-diligencia. Además no cabe duda que la posesión del inmueble es un signo que puede destruir la buena fe del tercer adquirente¹¹⁸, pues si bien el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece una presunción de posesión a favor del titular inscrito, no es menos cierto que esta será únicamente una presunción *iuris tantum*¹¹⁹, donde la carga de la prueba será de quien pretende discutir la inscripción y, a su vez, el alcance de este artículo se ve neutralizado por

¹¹⁷ Así en la sentencia se comprueba que el segundo comprador conocía de la posesión del primer comprador, a propósito de la aplicación del artículo 1473 del Código Civil, cuando señala que:

"Finalmente, corolario de todo lo antedicho es que la segunda compradora, una sociedad anónima, no actuó de buena fe al adquirir e inscribir rápidamente su adquisición: primero, porque su representante legal, en prueba de confesión judicial, reconoció inequívocamente que antes de adquirir la finca pudieron comprobar "que la finca litigiosa se encontraba segregada por un cierre metálico, formando una sola finca perfectamente diferenciada del resto de las fincas anejas", de suerte que difícilmente podía ignorar que, de la finca que adquirirían, la mayor parte se encontraba delimitada por un signo de posesión tan elocuente como ese cierre metálico..."

¹¹⁸ **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** "Sistema de Derecho Civil", Ed. Tecnos, 9 Ed., Vol. 2, Madrid, 2001, p. 267. Para este autor la transferencia de la posesión no necesariamente implica la entrega física de la cosa, de este modo distingue la posesión mediata e inmediata y agrega que el Código Civil admite formas espiritualizadas de entrega, en consonancia con la evolución histórica experimentada por la *traditio*, de gran importancia práctica, como el otorgamiento de la escritura pública de venta, que según el párrafo segundo del artículo 1462, equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. **LACRUZ BERDEJO, José Luis.** "Estudios de Derecho privado común y foral, T. I. Parte general y reales", Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 541. Para el citado autor, el legislador español llegó a desvincular, en alguna de sus formas, la llamada tradición de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio

¹¹⁹ El artículo 38 de la L.H. sólo puede considerarse como una presunción *iuris tantum*, de lo contrario se negaría el alcance de una institución jurídica como la usucapión.

lo prescrito en el artículo 448 del Código Civil¹²⁰, que establece una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño; es decir, es una posesión material de la cosa que no puede ser obviada, motivo suficiente para que el tercero que pretende adquirir el inmueble deba necesariamente examinar la situación posesoria del mismo¹²¹.

B) El momento de la buena fe

Por otra parte, cabe analizar desde qué momento debe existir la buena fe, donde existe una serie de posiciones, recogidas por la profesora JIMENEZ PARIS¹²², que indicaremos a continuación:

a) Buena fe en el momento de contratar:

Es la posición sostenida por LACRUZ BERDEJO quien indica que la buena fe debe alcanzar hasta el momento de contratar; es decir, únicamente hasta el acuerdo de voluntades, siendo la inscripción simplemente un acto mecánico posterior, que no forma parte de la voluntad de adquirir.

b) Buena fe en el momento de otorgamiento del título público inscribible:

Es la posición expuesta por GARCÍA GARCÍA. La buena fe debería ostentarse cuando el contrato privado se eleva a documento público; es decir, a escritura pública. Se extendería la buena fe hasta este momento, sin necesidad de que se produzca la tradición del inmueble, porque cuando se otorga la escritura pública se entrega la contraprestación económica, o se

¹²⁰ **Artículo 448 del C.c.-** "El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo".

¹²¹ **VALLET DE GOYTISOLO, Juan.** *"Estudios sobre derechos de cosas. Temas generales"*, Ed. Montecorvo, 2 Ed., Madrid, 1984; **ROCA SASTRE, Ramón.** *"Derecho hipotecario"*, Ed. Bosch, 5 Ed., Tomo I, Barcelona, 1954, p. 69. Por ello para este autor la entrega del inmueble sigue siendo necesaria para que se transmitan los derechos reales, aún tratándose de propiedad inscrita, de lo contrario *"si el legislador hubiera querido sustituir la tradición por la inscripción, lo habría hecho constar expresamente. Pero este precepto no existe, ni en la Ley Hipotecaria de 1861 ni en la actual, ni tampoco en el Código Civil"*.

¹²² **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción.** "Buena fe hasta la inscripción", en *Revista jurídica del notariado*, núm. 63, 2007, pp. 171-174. Vid.: **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción.** *"El momento de la buena fe"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

reconoce que fue entregada, y no necesariamente se produce la tradición, pudiendo aplazarse la entrega de las llaves.

c) Buena fe en el momento de consumación del negocio jurídico de disposición o buena fe en la adquisición:

Es la posición de la mayoría de la doctrina, destacando la posición de ROCA SASTRE y DIEZ PICAZO, quienes realizan una interpretación literal del artículo 34, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria donde se indica expresamente "*el tercero que de buena fe **adquiera***". Por ello distinguen dos etapas; una, la de celebración y consumación del negocio jurídico de adquisición y otra, la inscripción, alcanzado la buena fe únicamente a la primera etapa, porque consideran que la inscripción sólo cierra el círculo de presupuestos necesarios para que actué la fe pública. Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO señala que la buena fe debe ostentarse hasta el momento del otorgamiento del título con valor de tradición ya que en ese momento se realiza el acto adquisitivo, que puede ser cuando se otorga la escritura pública y se cancela el precio o cuando efectivamente se entrega el inmueble, reconociendo que el precio fue satisfecho anteriormente.

d) Buena fe en el momento de presentación:

Posición de cierta parte de la doctrina que extiende la buena fe hasta la solicitud de presentación (rogatoria) ante los Registros Públicos; es decir, con posterioridad al documento público y en aplicación del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, que retrotrae los efectos de la inscripción al asiento de presentación¹²³. Resulta curiosa la posición expresada por SANZ FERNÁNDEZ, a propósito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que señala que el tercero adquiere no por el título y el modo, sino por la inscripción registral y agrega que perjudica la buena fe del adquirente la inexactitud registral que pudiera advertir entre la fecha del título adquisitivo y la inscripción, siendo necesaria la buena fe hasta el momento de la inscripción del derecho, que se retrotrae a la presentación en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria.

¹²³ **Artículo 24 de la vigente L.H.-** "Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma".

e) Buena fe en el momento de la inscripción:

Posición de CLEMENTE MEORO y CANO TELLO que indica que la buena fe debe extenderse hasta el mismo momento que el Registrador practica el asiento de inscripción, porque el momento de la inscripción es el verdadero momento adquisitivo y porque los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria deben ser concurrentes en el tiempo.

Compartimos la posición expresada por la profesora JIMENEZ PARIS que indica que la buena fe es necesaria desde el momento de contratar, hasta que se logra la inscripción del derecho en los Registros Públicos. En efecto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una norma excepcional respecto a los principios que rigen las adquisiciones derivativas, por lo que su aplicación deberá ser sumamente estricta, lo que exigiría que los requisitos expresados en el citado artículo (onerosidad, buena fe, adquirir de quien aparece con facultades para disponer del derecho e inscribirlo) deben darse simultáneamente.

Del mismo modo, como esta norma debe producir los efectos menos perjudiciales para el *verus dominus*, no basta que se exija la buena fe únicamente hasta la adquisición del derecho, pues esto sería realizar una interpretación excesivamente literal del precepto, como lo hace ROCA SASTRE, sino que se trata de un procedimiento registral donde en todo momento se debe exigir la buena fe, ya que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si bien inicia con *"el tercero que de buena fe adquiera"*, prosigue con la protección del tercer adquirente *"una vez que haya inscrito su derecho"*.

Además debemos advertir que la finalidad de los Registros Públicos a partir de la Ley Hipotecaria de 1944, que consagró como eje del sistema registral español el principio de fe pública registral prescrito en el artículo 34 de la indicada ley, es otorgarle seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, pero esto únicamente se logrará una vez se realice la inscripción del derecho que se pretende proteger, resultando contradictorio proteger al tercer adquirente que ha tomado conocimiento de circunstancias que afecten a su buena fe antes de inscribir su derecho, cuando todavía tiene la posibilidad de desistirse de la inscripción.

Efectivamente, como señala el artículo 24 de la Ley Hipotecaria la inscripción tiene efectos retroactivos a la solicitud de presentación, por lo que mientras no se practique el asiento de inscripción, tiene la posibilidad de desistirse del asiento de presentación, en virtud de lo prescrito en el artículo 433 del Reglamento Hipotecario¹²⁴, siendo perfectamente posible que el tercer adquirente desista de su inscripción cuanto tenga un conocimiento posterior a la presentación que quiebre su buena fe.

Inclusive si admitimos la exigencia de buena fe-desconocimiento para el tercer adquirente, posición que no compartimos, es necesario que ésta se prolongue hasta que se practique la inscripción, el tercer adquirente tampoco podría alegar tal desconocimiento de la inexactitud registral, pues únicamente cuando se inscriba su derecho en los Registros Públicos el sistema registral podrá desplegar toda su maquinaria para la protección del titular inscrito, como los alcances del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (que ya de por sí exige como requisito la inscripción del derecho). De lo contrario cabe preguntarnos si puede aplicarse la férrea protección que brinda la Ley Hipotecaria cuando no se produce la inscripción, la respuesta es claramente negativa, porque la Ley Hipotecaria otorga una protección mayor precisamente porque se inscribe el derecho, de lo contrario se favorecería en exceso al tercer adquirente con los efectos favorables de la ley (de carácter especial) a pesar que no cumplió con los requisitos exigidos por ella, como la inscripción.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, debemos señalar que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que la buena fe exigida al tercer adquirente es

¹²⁴ **Artículo 433 del vigente R.H.-** "Durante la vigencia del asiento de presentación, el presentante o los interesados podrán desistir, total o parcialmente, de su solicitud de inscripción.

Tal desistimiento, cuando sea total, deberá formularse en documento público o privado, con firmas legitimadas notarialmente. Si el desistimiento solamente afectare a una parte de contenido del documento, podrá realizarse verbalmente. En todo caso la solicitud de desistimiento se hará constar por nota al margen del asiento de presentación de que se trate.

El desistimiento no podrá admitirse cuando del mismo se derive la imposibilidad de despachar otro documento presentado salvo que la petición del desistimiento se refiera también a éste y se trate del mismo interesado o, siendo distinto, lo solicite también éste, con las formalidades expresadas en el párrafo anterior. Tratándose de documentos judiciales o administrativos, el desistimiento deberá ser decretado o solicitado por la Autoridad, funcionario u órgano que hubiere expedido el mandamiento o documento presentado.

En cualquier caso, el Registrador denegará el desistimiento cuando, a su juicio, perjudique a tercero. Contra la negativa del Registrador, que se hará constar por nota al margen del asiento de presentación y en el documento o solicitud, podrá interponerse recurso gubernativo.

Aceptado el desistimiento, se cancelará el asiento o asientos de presentación afectados por el mismo, por medio de nota marginal".

necesaria hasta el momento de la adquisición; sin embargo, es necesario destacar que esta posición no es unánime, tal como lo demuestra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo N° 699/2007, del 13 de febrero de 2007, que señala lo siguiente:

"5. Pero aunque dialécticamente entendiéramos que la mala fe surge después del contrato adquisitivo y antes de la inscripción registral no puede reputarse inatacable la postura del recurrente ante la falta de una jurisprudencia interpretativa de la Sala 1ª concluyente o suficientemente consolidada (aunque no vincule a la Sala 2ª), ya que sólo en una sentencia de 5-diciembre-2002 (n° 1184, fundamento 3º) se señala que el momento decisivo para la buena fe es el de la adquisición¹²⁵ y para alcanzar el carácter de tercero hipotecario la inscripción, declaración que no consideramos rotunda a la hora de entender si la buena fe localizada en el momento de la compra del inmueble debe persistir o por cuánto tiempo debe persistir.

De no ampliar la buena fe hasta el momento de la inscripción se estaría legitimando un comportamiento del adquirente, el cual, consciente de que su adquisición había sido fruto de un engaño, a pesar de ello y ante la existencia de un titular dominical, en su día registral, expoliado, inscribe la finca privándole de todos los derechos y ventajas tabulares. Los rigurosos y devastadores efectos que puede ocasionar la convalidación de una adquisición a non dominio, exigiría, en una interpretación razonable del art. 34 L.H., que la buena fe del tercer adquirente persistiera hasta tanto no se hayan cumplido todos los condicionamientos impuestos por el precitado artículo para alcanzar la condición de tercero hipotecario, entre ellos la correspondiente inscripción registral del inmueble" (énfasis nuestro)

Retomando el supuesto planteado, si durante la transferencia de B a C, segunda transferencia, A (*verus dominus*) notificase notarialmente a C que ha iniciado un proceso civil para recuperar la propiedad del inmueble, siendo B todavía titular registral en los Registros Públicos, la buena fe de C se pierde por completo ya que todavía su derecho de propiedad no se encuentra inscrito, motivo por el que tampoco podría ser sujeto de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debiendo desistirse del asiento de presentación y pudiendo iniciar una reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra B, su transferente, por incumplimiento contractual.

¹²⁵ Cabe señalar que lo expuesto por la Sala Penal del Tribunal Supremo respecto a la falta de jurisprudencia relativa a la buena fe al momento de la adquisición no es acertada, porque a la fecha de esta decisión en la Sala Civil del Tribunal Supremo sí existían pronunciamientos que indicaban que el momento de la buena fe era el de la adquisición, tal como se expresa en la sentencia de esta sala N° 6762/2006, del 7 de noviembre de 2006, que recoge otras sentencias del mismo órgano jurisdiccional.

Debido a la mala fe sobrevenida el tercer adquirente perdería la propiedad del inmueble y probablemente tendría que exigirle judicialmente a su transferente la devolución del importe pagado, con el costo de abogados y tasas judiciales que esto supone.

IV.1.5 LA CULPA O NEGLIGENCIA DEL *VERUS DOMINUS*

Este requisito, aunque no se encuentre regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es necesario que sea valorado en el momento de la adquisición del tercer adquirente, en virtud de la protección constitucional del derecho de propiedad que se encuentra prescrito en el artículo 33 de la Constitución española¹²⁶. En principio, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es constitucional y justificaría la aplicación del principio de fe pública registral siempre que el despojo del derecho de propiedad del *verus dominus* sea consecuencia de una omisión o acción culpable de éste, que inexorablemente se encontraría vinculada a la no inscripción registral de su derecho.

Pero cabe preguntarnos ¿por qué es necesaria la culpabilidad del *verus dominus*? Y la respuesta es simple, la ley debe resguardar y premiar al propietario que ha sido diligente en el cuidado de su propiedad, por este motivo el Código Civil establece una serie de ejemplos que castigan al *verus dominus* negligente con la pérdida de la propiedad, ya sea por el abandono de la cosa, artículo 460¹²⁷; por la posesión de otro, que puede convertirse en prescripción adquisitiva, artículos 1957 y 1959¹²⁸, o cuando el propietario transfiere dos

¹²⁶ **Artículo 33 de la Constitución de España.-**

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

¹²⁷ **Artículo 460 del C.c.-** "El poseedor puede perder su posesión:

- 1.º Por abandono de la cosa.
- 2.º Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito.
- 3.º Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio.
- 4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año".

¹²⁸ **Artículo 1957 del C.c.-** "El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.".

veces la misma cosa, supuesto del segundo párrafo del artículo 1473¹²⁹ en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Este último supuesto del artículo 1473 del Código Civil, castiga la negligencia del *verus dominus* y se manifiesta en sede registral porque la falta de inscripción por parte del primer comprador origina la apariencia de que el transferente todavía es titular registral y esta apariencia es publicitada por los Registros Públicos. Así, la negligencia del primer comprador en no inscribir su derecho legitima una nueva disposición de su transferente, en virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo que posibilita que éste nuevamente disponga del inmueble originando el supuesto de doble disposición por título de compraventa, o mejor dota al transferente de una apariencia de legitimación para disponer nuevamente en beneficio del tercero hipotecario, lo que es conocido como el paradigmático caso de la venta de cosa ajena, previamente transmitido extrarregistralmente, materia que ha sido abordada por la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de septiembre de 2007.

Sin embargo, siendo la legislación hipotecaria una norma que protege la apariencia de lo publicitado en los Registros Públicos, la culpa del *verus dominus* no acaba en el supuesto de venta de cosa ajena y la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1473.2 del Código Civil, sino que esta negligencia por falta de inscripción puede facilitar que el inmueble sea embargado o rematado por las deudas del titular aparente o que incluso el titular aparente fallezca y el inmueble pase a formar parte de la masa hereditaria, en virtud del principio de legitimación prescrito en el artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 1959 del C.c.- "Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539".

¹²⁹ **Artículo 1473 del C.c.-** "Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe".

Como hemos podido apreciar es indispensable que el titular del derecho, que se verá perjudicado, actúe con tal grado de culpa que permita que la apariencia se imponga a la realidad jurídica. Además, siendo el principio de fe pública registral una norma excepcional al principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, que legitima la pérdida del derecho de propiedad del *verus dominus* a favor del tercer adquirente, es necesaria la culpabilidad del titular en la no inscripción de su derecho para que surja la apariencia y se aplique el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De lo contrario, si el titular real inscribe su derecho de propiedad y de todos modos se viera perjudicado por causas externas a su voluntad habiendo cumplido la diligencia de la inscripción, se desincentivaría la inmatriculación y la inscripción de las transferencias de dominio, pues sería preferible mantener los títulos de propiedad en la clandestinidad, ya que los titulares se arriesgarían a perder su derecho de propiedad a pesar de encontrarse inscrito. No se puede permitir que quien acude a los Registros Públicos e inscribe su título se vea luego traicionado por la institución en la que ha confiado y cuya función es proteger derechos y darles publicidad, lo que atentaría contra el fin principal de los Registros Públicos que es brindar seguridad al tráfico inmobiliario y a la propiedad inscrita.

En este punto es necesario exponer la posición de la profesora VALPUESTA FERNÁNDEZ que indica que aun cuando el tercero cumpla con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando haya un conflicto entre aquél que destina el bien inmueble a vivienda sobre otro que no lo hace (tercer adquirente) el principio de fe pública registral debe ceder en favor de satisfacer la necesidad básica de contar con una vivienda como valor recogido en la Constitución¹³⁰. Nos parece una posición muy interesante desde una perspectiva constitucional pues se valora el derecho de la vivienda como un derecho fundamental, lo que forma parte de nuestra argumentación en el presente trabajo, sin embargo creemos que esta posición no sólo debe abarcar el derecho a la vivienda prescrito

¹³⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario. "Publicidad registral, seguridad del mercado y estado social", en *A.D.C.*, N° 4, octubre-diciembre 2005, pp. 1573-1574.

en el artículo 47 de la Constitución española¹³¹, sino el derecho de propiedad en toda su extensión, pues no se puede entender estos dos derechos por separado.

Regresando al caso propuesto, A (quien es el *verus dominus*) es inocente de la apariencia creada por la falsificación, no la provocó. Por el contrario, fue sumamente diligente inscribiendo su derecho en un sistema registral donde la inscripción no es constitutiva del derecho. Por ello, no compartimos lo expresado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia en relación a la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, donde C sería protegido e incapaz de ser atacado en virtud de la aplicación del principio de fe pública registral, porque lo que realmente se estaría consumando es la vulneración del derecho constitucional de propiedad a favor de A.

En todo caso, ni A ni C han actuado negligentemente, pero entre ambos debe primar el fundamento constitucional del derecho de propiedad del *verus dominus*; es decir, de A, pues debemos recordar que también es objetivo de los Registros Públicos que la realidad registral sea, en la medida que se pueda, concordante con la extrarregistral de manera tal que quien acuda a los Registros Públicos pueda saber quién es el titular real y registral del inmueble que pretende adquirir.

En conclusión, el principio de fe pública registral no puede entenderse de una forma tan radical, pues lo que hoy beneficia a C, tercer adquirente, mañana no puede hacerlo si el supuesto planteado, falsificación de escritura pública, se repitiese teniendo ahora a C como sujeto que pierde la propiedad del inmueble a favor de Y, que posteriormente lo transmite a Z, quien es el nuevo tercer adquirente¹³². No resulta lógico que el sistema proteja el ingreso

¹³¹ **Artículo 47 de la Constitución de España.**- "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

¹³² **GONZALES BARRON, Gunther.** "Derecho Notarial Temas Actuales", Op. cit., p. 113. Sobre el supuesto planteado señala "*¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el antes adquirente beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un propietario actual, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho*

de documentos públicos falsos a los Registros Públicos, porque esto promueve la desconfianza en la publicidad que esta entidad proporciona, conllevando a la inseguridad jurídica de las transferencias, que es lo que quiere evitar la legislación hipotecaria.

IV.2 LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

Como hemos venido sosteniendo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria debe ser visto a la luz de la teoría de la apariencia; sin embargo, esta teoría se encuentra íntimamente ligada a la inexistencia del acto jurídico, por lo que conviene explicarla con mayor detalle. Tal como señalamos en el punto II.4.2, la teoría de la inexistencia se fundamenta en la ausencia de un elemento del contrato de tal relevancia que hasta impida la apariencia de un negocio jurídico¹³³, sin embargo, es necesaria distinguirla de la nulidad.

La distinción entre inexistencia y nulidad ha sido objeto de diferentes posiciones, sin embargo la doctrina italiana es la que ha impulsado esta discusión a través de SCOGNAMIGLIO¹³⁴, BETTI¹³⁵, CARIOTA-FERRARA¹³⁶, GALGANO¹³⁷ entre otros. Precisamente

se vuelve débil. En consecuencia, la seguridad dinámica favorece hoy al señor C, pero mañana fácilmente lo puede perjudicar".

¹³³ A pesar que no es parte del presente trabajo debemos diferenciar el acto del negocio jurídico, así DIEZ PICAZO y GULLÓN señalan que *"la línea divisoria entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto deriva de la propia definición de aquel. En el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias porque están determinadas por ley"* en **DIEZ PICAZO y GULLÓN**. "Sistema de derecho civil", Ed. Tecnos, 4 Ed., Vol. 1, Madrid, 1982, p. 504. Por ello compartimos la definición de BETTI que señala que el negocio jurídico es *"el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y con el que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo (típica en ese sentido)"* en **BETTI, Emilio**. "Teoría general del negocio jurídico", Ed. Revista de derecho privado, 2 Ed., Madrid, 1959, pp. 51-52.

¹³⁴ **SCOGNAMIGLIO, Renato**. "Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico", Ed. Grijley, Lima, 2004, p. 452 y sig.

¹³⁵ **BETTI, Emilio**. Op. cit., pp. 351- 352.

¹³⁶ Señala que hay "inexistencia de un negocio cuando faltan los elementos que suponen su naturaleza, de modo que en su esencia es precisamente inconcebible el negocio o si se quiere, se halla impedida la identificación jurídica del mismo" en **CARIOTA-FERRARA, Luigi**. "El Negocio Jurídico", Ed. Ediciones Aguilar, Madrid, 1956, p. 276.

SCOGNAMIGLIO ha sido uno de los precursores de esta diferenciación, señalando que el negocio inexistente, al no contar con los requisitos mínimos para ser considerado como tal, carece de relevancia jurídica y se diferencia de la nulidad porque ésta necesariamente presupone la existencia de un acto que posteriormente será examinado respecto a su validez.

De este modo vincula los conceptos de inexistencia y nulidad a los de irrelevancia e invalidez, respectivamente, señalando que “el juicio de irrelevancia no se debe confundir con el de invalidez: el primero opera con referencia a cualquier hecho, tenga o no naturaleza negocial; en tanto que el segundo opera sobre todo con referencia a los negocios jurídicos y presupone que previamente se haya resuelto el problema relativo a la identificación y a la calificación de un supuesto de hecho jurídicamente relevante”. Creemos que este autor desliga, de manera acertada, la subsunción que la mayoría de autores realiza cuando pretenden incluir la inexistencia dentro de la nulidad, por los efectos que ésta última produce.

No obstante, en la doctrina española la discusión está lejos de acabar, pues cabe destacar opiniones como la de LACRUZ BERDEJO¹³⁸ que no cree admisible la tesis de los autores italianos para quienes hay inexistencia cuando falta un requisito de tal alcance que "impida la identidad del negocio", que "haga inconcebible el negocio" o que impida se dé "el concepto de negocio" o como la DE COSSÍO¹³⁹ que se limitaba a afirmar que “*tal distinción, sin embargo, carece de trascendencia práctica y viene tan sólo a complicar innecesariamente la cuestión*”.

¹³⁷ **GALGANO, Francesco.** *"El negocio jurídico"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 261. Para este autor la inexistencia *"está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral"*.

¹³⁸ **LACRUZ BERDEJO, José Luis.** *"Elementos de Derecho Civil I. Parte General de Derecho Civil. El Derecho Subjetivo"*, Ed. Bosch, Vol. 3, Barcelona, 1984, p. 280.

¹³⁹ **DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso.** *"Instituciones de derecho civil"*, Ed. Alianza Editorial, Tomo I, Madrid, 1977, p. 182.

Mientras tanto DE CASTRO Y BRAVO señala que la inexistencia se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que haga inconcebible el negocio o que impida se concrete el concepto de negocio y, desde una perspectiva teleológica, defendió la utilidad de distinguirla de la nulidad porque *"las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes, al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos y entre los no citados pueden estar aquellos más evidentes para la conciencia social o según la tradición jurídica. Cuando ante una conducta anómala, una corruptela, o una consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito no mencionado expresamente por la Ley (aunque implícito, y no nombrado por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresiva, a la calificación de inexistencia; precisamente para romper con ella los prejuicios propios de las concepciones estrechas del legalismo y del formalismo"*¹⁴⁰.

Tomando posición en la discusión nosotros diferenciamos dos momentos, el primero es la verificación previa de que el negocio jurídico cuenta con todos los elementos esenciales para que sea relevante jurídicamente y el segundo, que se dará únicamente después de esta valoración positiva, es la calificación de su validez o invalidez. De tal modo que si el negocio jurídico tiene todos los elementos necesarios producirá todos los efectos requeridos por las partes, mientras que si éste tiene vicios en su conformación, pero no es inexistente, producirá efectos parciales **sin perjuicio que posteriormente pueda ser subsanado por las partes**. Queda claro que hemos tomado la posición de que la inexistencia se desenvuelve en el plano de la irrelevancia jurídica y que la nulidad la vinculamos al plano de la ineficacia estructural (invalidez).

Si bien hemos indicado que la inexistencia del negocio jurídico se ubica dentro del plano de la irrelevancia jurídica, donde en principio no sería necesaria ningún tipo de reconocimiento, esto no obsta que sea susceptible de una declaración judicial de inexistencia. Al respecto compartimos la posición de DUCCI cuando afirma que *"se dice que*

¹⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *"El negocio jurídico"*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 465.

*la inexistencia no necesita declaración judicial, pero, en la práctica, no se ve cómo podría declararse un acto inexistente sin una resolución judicial*¹⁴¹.

IV.2.1 LA INEXISTENCIA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Centrándonos en el ordenamiento jurídico español, lo cierto es que en éste podemos encontrar supuestos de inexistencia, que se encuentran prescritos en los artículos 45, 1254 y 1261 del Código Civil y que literalmente establecen lo siguiente:

"Artículo 45.

No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta" (subrayado y énfasis nuestro)

"Artículo 1254.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (subrayado y énfasis nuestro)

"Artículo 1261.

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º *Causa de la obligación que se establezca*" (subrayado y énfasis nuestro)

En concordancia con los artículos antes citados podemos advertir que la **existencia** del matrimonio se vincula al consentimiento matrimonial y la **existencia** del contrato supedita su validez al consentimiento de los contratantes, al objeto cierto, a la causa y además que éste no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, tal como lo prescribe el artículo 1255 del Código Civil¹⁴².

Tal como hemos señalado precedentemente una de las grandes diferencias entre la inexistencia y la nulidad relativa es la posibilidad de que ésta pueda ser confirmada

¹⁴¹ **DUCCI CLARO, Carlos.** "Derecho civil", Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1988, p. 310.

¹⁴² **Artículo 1255 del C.c.-** "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

(subsana) pero, tal como lo prescribe el artículo 1310 del Código Civil¹⁴³, esta confirmación se podrá realizar única y exclusivamente cuando el contrato reúna los requisitos del artículo 1261; es decir, que el contrato exista.

Otra diferencia, no descrita anteriormente, radica en la legitimación activa para reclamar una u otra, por lo que sólo podrán solicitar la nulidad relativa o anulabilidad los sujetos descritos en el artículo 1302 del Código Civil¹⁴⁴, mientras que la inexistencia la puede solicitar quien tenga un interés legítimo o se vea perjudicado en virtud al derecho de tutela judicial efectiva dispuesto en el artículo 24 de la Constitución¹⁴⁵.

En este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es casi unánime. No obstante reconoce la inexistencia del negocio jurídico, la asimila a la nulidad radical, señalando al respecto lo siguiente:

"Así la sentencia de 25 abril 2001 dice:

Cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones para el ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie la concurrencia de alguno de los vicios de consentimiento del artículo 1265; no siendo aplicables tales limitaciones a las demandas cuya finalidad sea conseguir la declaración de inexistencia o de nulidad radical de aquellos otros a los que se imputa la falta de alguno de los elementos esenciales (art. 1261) o la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Diversas resoluciones de esta Sala han declarado que estas

¹⁴³ **Artículo 1310 del C.c.-** "Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261".

¹⁴⁴ **Artículo 1302 del C.c.-** "Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato".

¹⁴⁵ **Artículo 24 de la Constitución de España.-**

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

últimas pretensiones, que instan el reconocimiento de la nulidad absoluta o la inexistencia de un contrato no se hallan sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1302, pudiendo ser deducidas no solo por quienes han intervenido en el otorgamiento del contrato a que se refieren, sino, además, por quienes hayan podido resultar perjudicados (Sentencias de 15 de Febrero de 1977 y 5 de Noviembre de 1990 y demás que en ellas se reseñan)

Lo que reitera la de 23 de junio de 2001 con estas palabras,

*Dice la sentencia de 14 de diciembre de 1993 que "reconocida por constante y uniforme doctrina de esta Sala (sentencia de 12 de octubre de 1916 , 12 de noviembre de 1920 , 11 de enero de 1922 , 12 de abril de 1955 , 19 de octubre de 1959 , 31 de mayo de 1963 , 26 de diciembre de 1970 , entre otras) la legitimación de un tercero (que no haya sido parte en el contrato) **para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales que determina el art. 1261 del Código Civil) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención - art. 6.3 del citado Código)** siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato"*¹⁴⁶ (énfasis nuestro)

También es preciso resaltar lo dispuesto en la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 2225/2009, del 20 de abril de 2009, cuando se manifiesta sobre la falta de oferta y aceptación, lo que conlleva a confirmar la sentencia que declaró la inexistencia de la venta, así señaló que:

*"En el presente caso, en cambio, quien impugna la transmisión es el propio transmitente, y no por incumplimiento de requisitos legales o estatutarios destinados a salvaguardar el derecho de adquisición preferente de los demás socios sino, en realidad, por su propia falta de consentimiento. **Y esta falta de consentimiento es precisamente la razón por la que la sentencia impugnada confirma la declaración de inexistencia de la venta contenida en la sentencia de primera instancia, según se desprende del razonamiento del tribunal sentenciador calificando de "ilusoria" la tesis de que hubo concurso de oferta y aceptación (FJ 4º, párrafo penúltimo) y de su terminante conclusión de que "no hubo compraventa de las acciones" (FJ 6º, párrafo último).** Así las cosas, los razonamientos de la sentencia recurrida acerca de la inobservancia de los requisitos estatutarios destinados a salvaguardar el derecho de adquisición preferente de los demás socios no son más que argumentos demostrativos de que lo sucedido en la junta general de 28 de junio de 1993 no fue una oferta en firme de D. Ildefonso de vender sus acciones, seguida de una aceptación igualmente firme de D. Arsenio de comprarlas, sino la mera manifestación por D. Ildefonso de un propósito que no pudo ir más allá porque, por indicación del abogado de*

¹⁴⁶ Jurisprudencia citada en la sentencia de la Sala Civil del T.S. N° 4/2013, del 16 de enero de 2013.

la sociedad, la cuestión quedó aplazada, por más que D. Arsenio manifestara en la propia junta que la oferta de D. Ildefonso debía considerarse firme" (énfasis nuestro)

Retomando el supuesto materia de estudio, cuando B "adquiere" el derecho de propiedad en virtud de un documento público falsificado, realmente no adquiere ningún derecho pues el negocio es inexistente. Esto es debido a que A, *verus dominus*, nunca otorga su consentimiento, siendo imposible cumplir con el primer requisito del artículo 1261 del Código Civil porque no hay consentimiento de los contratantes. Efectivamente, **la falta de declaración de voluntad de A, objeto de falsificación, impide que exista el consentimiento de ambas partes, elemento esencial del contrato, por lo que no se puede establecer una relación jurídica válida, entre A y B, fundamentada en un documento público falsificado, es por tanto un negocio jurídico inexistente.**

Mientras que la posterior adquisición de C se basa en la apariencia de que B es el titular registral, pero ante la declaración de inexistencia del negocio jurídico previo, ésta también debería decaer no siendo posible que los Registros Públicos publiciten la existencia de algo que no existe, pero como a éste supuesto se le aplica la ley especial, los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, creemos más acertado atacarla desde la validez de su conformación, como detallaremos en el punto IV.4.1.

Es oportuno realizar un paralelo con otras experiencias jurídicas respecto a la inexistencia del acto jurídico, en ese sentido la jurisprudencia italiana considera "inexistente" el acuerdo de la asamblea cuando se han tomado acuerdos por la mayoría con el desconocimiento de la minoría, sin la convocatoria previa de la asamblea y sin que la minoría haya estado en grado de intervenir o, tras la adopción del acuerdo, de impugnarlo en los términos previstos por la ley. También se considera inexistente el acuerdo tomado por una asamblea convocada regularmente en la que no participaron todos los socios por imposibilidad material, así como el acuerdo adoptado con un número insuficiente de votos como consecuencia de un error de cálculo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ **MORALES HERVÍAS, Rómulo.** "Inexistencia y nulidad...", Op. cit., p. 43 y ss.

Por otra parte, el Reglamento N° 593-2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) se refiere expresamente a la existencia del contrato cuando prescribe lo siguiente:

"Artículo 10.- Consentimiento y validez material

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1" (énfasis nuestro)

Sin embargo, la jurisprudencia española no se ha atrevido a tomar este paso y admitir la inexistencia del negocio jurídico, a diferencia de la jurisprudencia italiana, manteniéndose en la senda de la nulidad como lo hemos apreciado cuando el Tribunal Supremo se pronunció respecto a la legitimación activa para obtener la declaración de inexistencia, a propósito de lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil.

Un ejemplo de esta negación la podemos ofrecer en la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 2690/2010, del 19 de abril de 2010, que a pesar de que se comprobó la inasistencia de los demandantes a la junta universal, que se configura como un elemento esencial de la junta, no declara su inexistencia sino que declara nulas todas las juntas universales presuntamente celebradas por la sociedad anónima desde el año 1992, así en su considerando segundo señala lo siguiente:

"Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron" (énfasis nuestro)

Sin perjuicio de la declaración de nulidad antes señalada, creemos importante la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, cuando ordena lo siguiente:

"Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por don Erasmo y doña Noemí, representados por el Procurador don Domingo José Collado Molinero, contra Te Andamios SA, representada por el Procurador don Pedro Antonio González Sánchez, debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Extraordinaria Universal de fecha treinta de marzo de mil novecientos noventa y dos así como los adoptados en las Juntas Generales Ordinarias Universales de fechas treinta de junio de mil novecientos noventa y cinco, veintinueve de junio de mil novecientos noventa y seis, treinta de junio de mil novecientos noventa y siete, treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho, treinta de junio de mil novecientos noventa y nueve, treinta de junio de dos mil, treinta de junio de dos mil uno y los adoptados en sus homónimas de mil novecientos noventa y dos, mil novecientos noventa y tres y mil novecientos noventa y cuatro, si existieran, además de los adoptados en las Juntas Generales Universales de fecha quince de marzo de mil novecientos noventa y cinco y tres de junio de mil novecientos noventa y siete, ordenando que se reponga la situación societaria actual al momento en el que se encontraba cuando tuvo lugar la Junta General Extraordinaria Universal de treinta de marzo de mil novecientos noventa y dos de modo que los demandantes puedan ejercitar el derecho de suscripción preferente consustancial a su condición de socios y puedan suscribir el número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que poseían en el momento anterior a la celebración de la Junta General Extraordinaria Universal de treinta de marzo de mil novecientos noventa y dos, todo ello con imposición a la demandada de las costas procesales devengadas en este procedimiento" (énfasis nuestro)

En efecto, resulta importante la parte dispositiva porque, aun cuando inexactamente desde un punto de vista conceptual, se declara la nulidad de los actos, refuerza nuestra posición en el sentido del vínculo que existe entre apariencia e inexistencia. Por ello a pesar de que se hayan celebrado juntas posteriores, como de hecho se celebraron, en virtud de la apariencia que brindó la junta universal de 1992, donde se pudo otorgar poderes para celebrar cualquier tipo de acto jurídico, como lo pudo ser para la transferencia de un inmueble de la sociedad, esta apariencia se destruyó primando la realidad extrarregistral y retrotrayendo todo hasta el momento en que se debió celebrar la junta universal con la presencia de los demandantes (socios ausentes).

Otro caso que nos parece importante destacar de la jurisprudencia española es la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo N° 3961/2009, del 1 de junio de 2009, donde se recogen los argumentos expuestos por la Audiencia Provincial de Córdoba, sentencia N° 146/2008 del 06 de junio de 2008, donde a propósito de la falsificación de un

poder que es utilizado por la ex cónyuge del poderdante para disponer del piso que tenía el carácter de ganancial, indica lo siguiente:

"Este Tribunal da como probados los siguientes hechos:

La acusada Josefa contrajo matrimonio con el querellante Cornelio el día 21 de julio de 1967 de cuya unión nacieron cuatro hijos que residían en un piso de carácter ganancial, sito en la CALLE000 núm. NUM000 piso NUM001 de la ciudad de Cádiz.

El día 21 de diciembre de 1982 se dictó sentencia por el Juzgado núm. 1 de Cádiz declarando el divorcio de dicho matrimonio, continuando la esposa e hijos en el aludido piso -único inmueble ganancial- hasta que los hijos fuesen mayores de edad, según acordaron los cónyuges, lo que impidió la liquidación de la sociedad ganancial por expreso deseo del Sr. Cornelio quien no quería dejar a sus hijos sin vivienda, sin que practicara gestión alguna encaminada a dar publicidad a estas circunstancias. El Sr. Cornelio contrajo nuevas nupcias con Julieta, de cuya unión han nacido dos hijos y la Sra. Josefa estaba unida sentimentalmente con el también acusado Ángel Daniel con quien posteriormente contrajo matrimonio.

1.- *El día 6 de octubre de 1989 la Sra. Josefa que estaba necesitada de dinero, acudió a Puente Genil en unión del Sr. Ángel Daniel y los también acusados Cirilo y el prestamista Arturo. Dicha señora se había puesto en contacto con Cirilo en su condición de intermediario financiero quien, a su vez, contactó con Arturo titular de la Financiera del Genil SA.*

En dicha localidad cordobesa y en la Notaría regentada por el Notario Don Juan Villalobos Cabrera, se otorgó la escritura de préstamo hipotecario (núm. de protocolo 1091) que Financiera de Genil otorga a los cónyuges Doña Josefa y Don Cornelio un préstamo de 3.000.000 ptas. aceptando los prestatarios deudores 60 letras de cambio, declarando ambos haber recibido el dinero constituyéndose una hipoteca de 6.700.000 ptas. sobre el piso de la CALLE000 de Cádiz.

Sin embargo en dicho acto no estuvo presente el Sr. Cornelio, ni tampoco el Sr. Ángel Daniel, sino otra persona cuya identidad se ignora, a que la Sra. Josefa presentó como su esposo. No consta que ni Cirilo, ni Arturo conocieran la falsa identidad de dicha persona. Igualmente ha quedado inexplicado si el Notario cumplió las normas reglamentarias de su profesión en orden a la identificación de los otorgantes.

2.- *El mismo día de dicho otorgamiento y ante el mismo notario esa persona no identificada otorga una escritura de apoderamiento en favor de Doña Josefa con amplísimas facultades para realizar todo tipo de operaciones, entre ellas, la de disposición de los bienes.*

3.- *El día 11 de mayo de 1990 la referida acusada provista del aludido poder comparece ante el Notario de Cádiz Don Rafael de Cózar Pardo y manifestando que su estado civil seguía siendo el de casada, hace uso del mismo para cancelar la hipoteca constituida el 6 de octubre de 1989 y otorga otra escritura de constitución de una nueva hipoteca de 9.500.000 ptas de principal sobre el mismo piso. Esta hipoteca fue cancelada el 10 de mayo de 1991.*

4.- *El 13 de enero de 1993 y valiéndose de idéntico mecanismo la acusada, vuelve a acudir a la Notaria de Puente Genil ante el Notario Don Francisco José Abalos Nuevo, a quien exhibe el poder falso y constituye un nuevo préstamo hipotecario con la entidad de*

financiación Fingesa, actuando por sí y en representación de su esposo, por importe de 2.000.000 ptas. sobre el mismo piso de la CALLE000 de Cádiz. También en esta ocasión manifiesta no haber cambiado su estado civil.

En la misma fecha obtiene del Notario una segunda copia de la escritura de poder antes referida.

5.- *Una vez más la acusada Josefa el día 14 de febrero de 1994 comparece ante el Notario de Puente Genil Don Juan Pardo Defez y haciendo de nuevo uso del poder ficticio al que nos venimos refiriendo otorgó nueva escritura de préstamo hipotecario por la suma de 4.765.000 ptas. recibidas de FINGESA siendo la hipoteca por un valor total de 8.291.000 ptas. También en esta ocasión, al igual que en las anteriores dice que continua casada con el Sr. Cornelio .*

Como quiera que las necesidades económicas de la Sra. Acusada persistían y tenía dificultades para obtener nuevos créditos hipotecarios, acudió a un intermediario financiero de Jerez de la Frontera llamado Cristóbal Maraver quien le puso en contacto con el también acusado Everardo de Madrid, quien era ajeno a todas las vicisitudes que acababan de relatarse. El Sr. Everardo recibió la documentación y antecedentes que le envió Maraver, el día 22 de noviembre de 1994, comparece la acusada en la Notaría del Notario de Madrid Don José Alvarez Vega quien volvió a exhibir el poder tantas veces mencionado, celebrando un contrato de compraventa con el Sr Everardo con referencia al piso de la CALLE000 . Dicho Sr. Everardo no tuvo conocimiento de la falsedad del poder ni del verdadero estado civil de la vendedora.

El precio de la venta era de 10.000.000 ptas. que el Sr. Everardo pidió en concepto de préstamo de la entidad Equipo de Inversiones SA y para garantizar su devolución, ante el mismo Notario Sr. Alvarez Vega, se otorgó una escritura de emisión de obligaciones hipotecarias a favor del Equipo de Inversiones SA, pero como dicha escritura no pudo tener acceso al Registro, el Sr. Everardo decidió poner el piso a nombre de la citada entidad, en la persona del empleado de dicha entidad, el también acusado Virgilio, igualmente desconocedor del poder falso y de las demás circunstancias consideradas aunque previamente el Sr. Everardo y la Sra. Josefa firmaron un contrato de arrendamiento del piso adquirido por una renta mensual de 100.000 ptas y una opción de compra del piso durante un año. No se ha acreditado que dicha venta tuviese por objeto evitar el buen fin del embargo a que seguidamente nos referiremos.

El día 21 de octubre de 1994, por parte de la entidad Financiera del Genil SA se interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Cádiz procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria núm. . 411/94 con base en la escritura antes reseñada con el núm. 5 , el cual se halla en suspenso por prejudicialidad penal pues no podía estar ejecutándose un crédito hipotecario constituido mediante un documento público falso.

El presente procedimiento comenzó a instruirse el día 12 de marzo de 1996 por lo que ha durado más de 12 años hasta el momento de la sentencia. En la indicada fecha el Sr. Cornelio presentó la denuncia de los hechos al tener conocimiento de que iba a proceder a la subasta del piso ganancial, sin que en ningún momento haya revocado el poder que se le atribuye, ni realizado gestión alguna para privarle de eficacia" (énfasis nuestro)

Hemos recogido íntegramente los argumentos expuestos por la indicada Audiencia Provincial, pues resultan decisivos para entender el alcance de la decisión judicial que transcribimos a continuación:

"Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Ángel Daniel, Arturo, Everardo, Cirilo y Virgilio , de los delitos por los que venían acusados, declarando de oficio las costas causadas.

Que debemos condenar y condenamos a la acusada Josefa como autora de delito de falsedad en documento público con un carácter continuado, concurriendo la atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la multa de 6 meses a razón de 6 euros diarios, así como al pago de las costas en la parte que proporcionalmente le correspondan. Igualmente deberá indemnizar a Cornelio en 50.000 euros por daños morales más sus intereses legales previstos en la LEC. Absolviéndola de los restantes delitos de los que ha sido objeto de acusación.

Se acuerda la nulidad de todas las escrituras reseñadas, con los números 1 a 5 en los hechos probados de esta sentencia, debiendo librarse los oportunos mandamientos a los Registros de la Propiedad que correspondan" (énfasis nuestro)

Como podemos advertir, esta sentencia no sólo es importante por los efectos que produce la suplantación de identidad del querellante sino de manera primordial por los efectos que se le otorgan a la utilización de un poder falsificado por parte de la acusada, lo que motiva la cancelación de todas las hipotecas e incluso la compraventa del tercer adquirente.

Aunque ambas sentencias enfocan la solución desde la óptica de la nulidad, cuando realmente se tratan de supuestos de inexistencia, por ello no debemos caer en la argumentación facilista de equiparar ambos conceptos en virtud a los efectos que producen porque como hemos sostenido, dogmáticamente, son conceptos distintos.

Resumiendo, podemos concluir que el negocio jurídico inexistente se refiere a la irrelevancia del hecho jurídico, producto de la verificación negativa del mismo, que si bien no existe jurídicamente puede producir una apariencia sobre terceros, de ahí que puede ser necesaria la declaración judicial de inexistencia, mientras que el negocio nulo se refiere a la calificación negativa de un supuesto de hecho jurídicamente relevante, por defecto del

mismo, susceptible de confirmación (nulidad relativa) o por contradicción con la ley imperativa, la moral o el orden público (nulidad absoluta).

IV.3 LA RECTIFICACIÓN DE LA INEXACTITUD REGISTRAL

La rectificación de los asientos de los Registros Públicos se produce con motivo de la inexactitud registral, por tanto conviene definirla y esta definición se recoge en el artículo 39 de la Ley Hipotecaria que señala lo siguiente:

"Artículo 39.- Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral".

Como lo señala la jurisprudencia¹⁴⁸, el concepto de inexactitud registral no está exento de discusión doctrinaria, pues se equipara el concepto de "desacuerdo", entre lo publicitado por los Registros Públicos y la realidad jurídica extrarregistral, con el de falta de "concordancia". Esta equiparación de conceptos necesita ser matizada, indicando que entre estos dos existe una relación de género a especie, así dentro de la "concordancia" no solamente juegan los datos de derecho, sino también los de hecho (por ejemplo el artículo 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria en la que al lado de los medios de inmatriculación se admite la forma de hacer constar en el registro la mayor cabida de las fincas) mientras que el "desacuerdo" respecto a la exactitud registral, solamente se refiere a derechos.

Al respecto, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL¹⁴⁹ señalan que "hay inexactitud registral cuando el Registro expresa una situación jurídico-real que en la realidad jurídica es otra; cuando ello ocurre, no hay coincidencia o paralelismo entre el contenido de los libros registrables y el verdadero estado jurídico real de los inmuebles o derechos inscritos ... en sentido amplio puede extenderse incluso a toda causa que pueda dar origen a acciones enervadoras de la titularidad aparente".

¹⁴⁸ Argumento recogido en el considerando segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia de la Audiencia Provincial de León N° 59-2012, del 21 de febrero de 2012.

¹⁴⁹ **ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL**. *"Derecho Hipotecario"*, 8 Ed., Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 562-563.

De este modo agrupan en cuatro supuestos las causas que pueden dar lugar a la inexactitud registral:

- a) El Registro permanece inalterado frente a una realidad jurídica que ha sufrido alteración, en los casos de inscripción rezagada de títulos ya formados, de retraso en la formación de los mismos, o del derrumbamiento de su valor.
- b) El Registro ha sido objeto de alteración frente a una realidad jurídica que permanece inalterada, en los casos en que se haya inscrito un título falso o inexistente o que al inscribirse ya estaba declarado nulo o anulado, rescindido, resuelto o revocado.
- c) El Registro ha sufrido alteración debido a tener acceso en él un acto inscribible perfecto, pero mediante un asiento que no recoge exactamente la mutación operada, con su causa o razón de adquirir.
- d) El Registro acusa una doble inmatriculación, por figurar inmatriculada una misma finca dos o más veces, y que más que provocar inexactitud registral neutraliza los efectos hipotecarios.

Por otra parte, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria señala expresamente las causas por la que se puede rectificar los asientos, así prescribe lo siguiente:

"Artículo 40.

La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

- a) Cuando la inexactitud proviniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación.*
- b) Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el Título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI.*

*c) Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o **error** de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el Título VII.*

d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. Si se deniega totalmente la acción de rectificación ejercitada, se impondrán las costas al actor; si sólo se deniega en parte, decidirá el Juez a su prudente arbitrio.

La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive.

***En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto"** (énfasis nuestro)*

Si relacionamos el artículo precedente con el caso materia de análisis, advertiremos que el asiento inexacto es originado por el título falso que ingresa a Registros Públicos donde se publicita como propietario (B) quien realmente no lo es. Así, sobre la base de ese asiento adquiere el tercero hipotecario (C) y siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, la acción de rectificación del *verus dominus* no afecta al tercero (C) que adquirió durante la vigencia del asiento inexacto, por lo que la futura sentencia que declare la falsedad del título que provocó el asiento inexacto, no puede ordenar la rectificación en perjuicio del tercer adquirente (C).

Debemos agregar que esta protección que se le otorga a al tercer adquirente no sólo parte de lo prescrito en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, sino que el negocio por el que éste adquiere el derecho de propiedad también debe reunir los requisitos descritos en el artículo 34 de la citada ley y, a su vez, debe ser válido; es decir, que reúna los elementos del contrato y no atente contra el orden público ni las buenas costumbres, artículos 1261 y 1255 del Código Civil, respectivamente.

En resumen, la única transferencia que estaría "protegida" sería la que realizó B en favor de C, siempre que esta se configure como un negocio válido y respete el orden público, por ello cabe preguntarnos ¿este negocio cumple ambas condiciones? La respuesta es negativa, si bien por la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se otorga una

apariencia de legitimación para disponer a favor de B, esto no impide que el negocio sea analizado bajo la luz del orden público, como lo haremos a continuación donde realizaremos una interpretación correctora del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

IV.4 LAS ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL *VERUS DOMINUS*

IV.4.1 NUESTRA TESIS: LA DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DEL TÍTULO FALSO Y LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO CON TERCERO POR CONTRARIAR EL ORDEN PÚBLICO

En este apartado desarrollaremos las opciones que tiene el *verus dominus* para defender su derecho de propiedad cuando se pretende aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en beneficio de un tercero hipotecario y en su contra. En ese sentido conviene valorarlas a propósito del supuesto materia de estudio, las mismas que durante el desarrollo del presente trabajo hemos esbozado paulatinamente.

Como hemos indicado, es necesario dividir el supuesto en dos momentos, la "transferencia" de A a B y la de B a C, puesto que únicamente de esta forma podremos apreciar las pretensiones que A (*verus dominus*) está legitimado para accionar contra los posteriores adquirentes en sede civil¹⁵⁰. Además debemos precisar que partimos del supuesto de que las adquisiciones de B y C no sólo fueron inscritas en los Registros Públicos, sino que ambas fueron onerosas y contaron con la buena fe de ambos sujetos¹⁵¹,

¹⁵⁰ No es materia del presente trabajo valorar las acciones penales que el *verus dominus* pueda entablar contra los posteriores adquirentes, pues si bien existe un documento público falsificado que podría ser tipificado como delito de falsedad, también puede concurrir la estafa, siendo los siguientes artículos:

Artículo 248 del C.p.-

1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Artículo 251 del C.p.-

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

¹⁵¹ Evidentemente la "transferencia" a favor de B es un negocio jurídico inexistente, pero esto no implica que B haya actuado con mala fe, puesto que X suplantó la identidad de A. De cualquier forma, si B sabía o no de la falsedad del documento público, no es relevante porque se sigue tratando de un negocio jurídico inexistente

de lo contrario el principio de fe pública registral no les sería aplicable. Es oportuno precisar que este principio es aplicable al tercer adquirente (C) sólo por el hecho de haber adquirido de quien figuraba como titular registral (B).

Siendo ello así sobre la **primera transferencia** A debería solicitar al órgano jurisdiccional la **declaración de inexistencia del "negocio jurídico"**, en virtud de los argumentos expuestos en el punto IV.2.1, pues se ha utilizado un documento público falsificado donde no se ha recogido la declaración de voluntad del *verus dominus*; es decir, el negocio jurídico no ha existido.

Sin perjuicio de la aplicación del principio *iura novit curia* en sede procesal, el fundamento legal de esta pretensión sería la aplicación del artículo 1261 del Código Civil y el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. El artículo 1261 del Código Civil es aplicable porque en la transferencia de A a B no se aprecia que se cumpla con todos los elementos que configuran el contrato; es decir, no se advierte la declaración de voluntad de A razón por lo que es imposible que exista consentimiento entre las partes y, por ende, el contrato.

Mientras que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria es aplicable a pesar de que éste indica que "*la inscripción no convalida los **actos o contratos que sean nulos** con arreglo a las leyes*", porque es necesario realizar una interpretación lógica de la norma. De este modo, si no se convalidan los contrato nulos, con mayor razón no se deben convalidar los contratos inexistentes. Es pertinente señalar que **la aplicación de este artículo de ninguna manera implica que hayamos subsumido los efectos de la inexistencia dentro de la nulidad**, pues como hemos señalado una y otra se encuentran en distintos planos, pero al no existir una norma en la legislación hipotecaria que se refiera a los "actos o contratos que sean inexistentes" es necesario interpretar extensivamente los alcances del artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

respecto de A. La situación cambiaría en perjuicio de C, si éste tuvo conocimiento (o indicios) de que B había adquirido mediante documento falso o, peor aún, si actuó en complicidad con B y X para falsificar ambas escrituras públicas con el fin de adquirir la titularidad registral y que opere la fe pública registral a su favor.

Por otra parte, sobre la **segunda transferencia** A debería solicitar la **nulidad del contrato**. Efectivamente, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria únicamente protege al tercer adquirente cuando reúne los requisitos prescritos en este artículo, pero aún cuando los reúna es necesario que este negocio jurídico sea válido y no atente contra el orden público. Al respecto es importante la posición expuesta por el profesor DE LOS MOZOS quien entiende que la nulidad del negocio debe ser analizado desde dos perspectivas distintas pero simultáneas: una, la de falta de alguno de los requisitos exigidos para su validez del negocio jurídico, y otra, la de los actos contrarios al orden público¹⁵².

Analicemos detenidamente si este negocio jurídico tiene todos los elementos del contrato dispuestos en el artículo 1261 del Código Civil. Si existe consentimiento por parte de los contratantes, aunque la legitimación de B sea establecida por ley, existe objeto cierto compuesto por el inmueble inscrito en los Registros Públicos y existe la causa del negocio¹⁵³; es decir, la compraventa del inmueble. Hemos simplificado la valoración de estos elementos del contrato, lo que no significa que la compartamos¹⁵⁴.

Habiendo sido sometido este negocio a un primer análisis, sobre los requisitos exigidos para la validez del negocio jurídico, resulta indispensable ahora valorarlo desde la perspectiva de su sometimiento al orden público, por lo que si bien es un concepto jurídico indeterminado nos aproximaremos a una definición a partir de la posición expuesta por el Tribunal Supremo.

¹⁵² **DE LOS MOZOS, José Luis.** "El Negocio Jurídico. Estudios de Derecho Civil", Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1987, pp. 143-144.

¹⁵³ **DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.** "El concepto de causa en el negocio jurídico", en *A.D.C.*, Vol. 16, Fascículo 1, Enero-Marzo de 1963, p. 8 y ss.; **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** Op. cit., Vol. 2, p. 44 y 521. El autor define a la causa como "el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico en el negocio" siendo en la compraventa el intercambio de cosa por precio. Además "*no es propia únicamente del negocio jurídico sino que también es utilizada en relación con las atribuciones patrimoniales, donde todo desplazamiento patrimonial para ser lícito debe fundarse en una causa o razón que el ordenamiento jurídico considere justa*".

¹⁵⁴ En aras de evitar mayores complicaciones al supuesto materia de estudio hemos simplificado la valoración de los elementos del contrato; sin embargo, creemos que con la buena fe que hemos argumentado en el punto IV.1.4 era necesario que el tercer adquirente hubiera actuado con la mínima diligencia, de acudir al inmueble, lo que destrozaría la apariencia de titularidad registral de B y perjudicaría la causa del negocio.

Así la Sala Civil del Tribunal Supremo en la sentencia N° 709/2002, del 5 de febrero de 2002, señala que *"constituye el orden público la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución"* y la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo N° 3054/2008, del 19 de junio de 2008, que entiende al *"orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico"*.

En este orden de ideas, si entendemos que el orden público es la defensa de los valores y derechos recogidos en la Constitución, necesariamente debemos incluir la defensa del derecho de propiedad como expresión de la libertad de todo ser humano¹⁵⁵. Por ello es

¹⁵⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Marckx contra Bélgica del 13 junio 1979 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57534>) reconoce el derecho de uso y disfrute de los bienes y el respeto al derecho fundamental de la propiedad, al respecto literalmente indica lo siguiente:

"63. Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) reads as follows:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

In the applicant's submission, the patrimonial rights claimed by Paula Marckx fall within the ambit of, inter alia, this provision. This approach is shared by the Commission but contested by the Government.

The Court takes the same view as the Commission. By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 (P1-1) is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words "possessions" and "use of property" (in French: "biens", "propriété", "usage des biens"); the "travaux préparatoires", for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of "right of property" or "right to property" to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1 (P1-1). Indeed, the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property (cf. the Handyside judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 29, para. 62)".

Traducción al español:

"63 El artículo 1 del Protocolo N° 1 (P1-1) dice lo siguiente:

"Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes no podrán, sin embargo, de ninguna manera poner en peligro el derecho de un Estado para hacer cumplir las leyes que considere necesarias para controlar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o sanciones".

necesario destacar la posición del profesor BRAGE CAMAZANO, la que suscribimos íntegramente, quien afirma que *"desde nuestro punto de vista, la restricción del concepto de derechos fundamentales a los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 (y 30, en parte), no resulta de recibo por ser excesivamente formalista y condicionada decisivamente por la interpretación del ámbito de la Ley Orgánica, llevando a excluir de la consideración de derechos fundamentales a ciertos derechos constitucionales, ubicados en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución española, algo que, desde un punto de vista material, resulta injustificado (piénsese en el derecho de propiedad, el derecho al matrimonio o la libertad profesional), en cuanto que si los mismos no se reconocieran no solo se dejarían de tutelar intereses subjetivos básicos para el libre desarrollo de la personalidad e inherentes a la dignidad humana, que se han revelado como esenciales en el proceso histórico de lucha por la libertad, sino que además se produciría una verdadera mutación de nuestro sistema constitucional. Por otro lado, una restricción tal del concepto de derechos fundamentales no se correspondería con los catálogos de los países de nuestro entorno ni, lo que es ya mucho más importante y un verdadero criterio hermenéutico constitucional ex artículo 10.2 de la Constitución española¹⁵⁶, con el concepto de fundamentalidad de los derechos vigentes en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁷, así como en el ámbito*

En la presentación del solicitante, los derechos patrimoniales reclamados por Paula Marckx caen dentro del ámbito de, entre otras cosas, la presente disposición. Este enfoque es compartido por la Comisión, pero impugnado por el Gobierno.

La Corte toma la misma vista que la Comisión. Al reconocer que toda persona tiene derecho al respeto de sus bienes, el artículo 1 (P1-1) está, en esencia, garantizando el derecho de propiedad. Esta es la clara impresión dada por las palabras "posesiones" y "uso de la propiedad" (en francés: "biens", "propriété", "usage des biens"); los "trabajos preparatorios", por su parte, confirman de manera inequívoca: los redactores continuamente hablaban de "derecho de propiedad" o "derecho a la propiedad" para describir el objeto-asunto de los sucesivos borradores que fueron los precursores del actual artículo 1 (P1-1). En efecto, el derecho a disponer de la propiedad de uno constituye un aspecto tradicional y fundamental del derecho de propiedad (véase la sentencia Handyside de 7 de diciembre de 1976, serie A núm. 24, p. 29, párr. 62) ".

¹⁵⁶ **Artículo 10 de la Constitución de España.-**

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹⁵⁷ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

El Protocolo N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos señala:

"Artículo1.- Protección de la propiedad

comunitario, donde resultaría sencillamente inimaginable el no reconocimiento como derecho fundamental del derecho de propiedad. También en materia de derechos fundamentales se exige una convergencia y ello es un argumento más a favor de un entendimiento amplio del concepto de derechos fundamentales, que el Tribunal Constitucional debería introducir con una rectificación de su doctrina anterior"¹⁵⁸ (énfasis nuestro)

En concordancia con lo antes expuesto, debemos señalar que el propio artículo 10.2 de la Constitución española indica que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos"*¹⁵⁹ y siendo que en el artículo 17 de la referida declaración se establece que el derecho a la propiedad es un derecho humano (derecho fundamental) que merece protección por parte del Estado¹⁶⁰, lo que también se recoge en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶¹, es inexcusable la protección que el ordenamiento le debe otorgar al *verus*

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas".

¹⁵⁸ **BRAGE CAMAZANO, Joaquín.** *"Los límites a los derechos fundamentales"*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 248.

¹⁵⁹ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Es necesario precisar que en este documento se indica que **"LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS** como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".

¹⁶⁰ **Artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.-**

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

¹⁶¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es:PDF>

Artículo 17. Derecho a la propiedad.-

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una

dominus que actuó diligentemente inscribiendo su derecho, pensando que así defendería con mayor eficacia su propiedad.

Es por ello que el negocio jurídico celebrado entre B y C atentaría contra el orden público, ya que legitimaría el despojo de la propiedad de A. En ese sentido, no se puede justificar la adquisición del tercero basado en la apariencia, aunque éste goce de buena fe, ya que los derechos de éste no pueden ser protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al estar en juego los principios superiores del orden público que determina que los negocios inexistentes (o radicalmente nulos) no pueden ser confirmados ni producir ningún efecto por contrariarlo.

Por este motivo los Registros Públicos no pueden legitimar la adquisición del derecho de propiedad de C, puesto que proviene de un negocio inexistente donde a pesar que B figura como titular registral, **esta apariencia no fue provocada por la actuación negligente del *verus dominus* sino por un documento público falsificado**. Por otro lado, el negocio realizado con C es nulo porque atenta contra el orden público al pretender legitimar un despojo del *verus dominus* diligente. Por todo ello, la inscripción de C no convalida su adquisición tal como lo establece el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, no pudiendo operar el artículo 34 de la citada ley al producir un efecto contrario al orden público, debiendo imponerse el interés de la colectividad para la defensa del derecho de propiedad que se recoge en el artículo 33 de la Constitución.

Adicionalmente al argumento antes expuesto, creemos firmemente que la defensa del *verus dominus* también debe realizarse desde la jerarquía normativa proclamada en el artículo 9.3 de la Constitución española¹⁶², razón por la que el derecho de propiedad al ser un derecho constitucional merece una protección mayor, no pudiendo ser discutido por una

justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.

¹⁶² **Artículo 9 de la Constitución de España.-**

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

norma de inferior rango como la Ley Hipotecaria, siendo posible que se prive del derecho de propiedad al *verus dominus* únicamente cuando **"exista causa justificada de utilidad pública o interés social"**¹⁶³ o un actuar negligente por parte de éste que motivaría la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tal como lo expresamos en el punto IV.1.5¹⁶⁴.

Es oportuno resaltar que si bien la doctrina en general coincide en señalar que la venta de cosa ajena es válida¹⁶⁵, nosotros creemos que el supuesto materia de estudio es la excepción a esta regla, porque de lo contrario se legitima el despojo del propietario inscrito y diligente, lo que ocasionaría la pérdida involuntaria del derecho de propiedad del *verus dominus* que en ningún momento puso en marcha el proceso de transmisión del derecho de propiedad¹⁶⁶.

¹⁶³ **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** Op. cit., Vol. 3, p. 142. El autor indica que *"el derecho de propiedad se considera en el apartado 2 del artículo 33 de la Constitución que ha de estar sujeto a una función social, lo mismo que el derecho a la herencia. Dice la disposición que "la función social de estos derechos delimita su contenido, de acuerdo con las leyes", en otras palabras, que las leyes, concretando la función social, son las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio o establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común. Los límites para la propiedad, por tanto, no son para la Constitución únicamente comprensiones exteriores del derecho, sino que pueden actuar internamente, en su mismo núcleo de facultades, o si se quiere expresar de otra manera, no son excepciones a un principio de pleno señorío. Los límites al dominio tienen su causa en la función social, término siempre polémico en cuanto a su exacto significado. Debe negarse que la Constitución haya partido del presupuesto de que el propietario sea un mero gestor de lo que los poderes públicos decidan, pues de lo contrario no tendría sentido el reconocimiento de la propiedad privada. Por función social debe entenderse, con fundamento en el artículo 128.1 de que aquel texto, que se encuentra subordinada al interés general, o con palabras más clásicas, al bien común"*.

¹⁶⁴ Creemos que el límite de la función social, prescrito en el artículo 33 de la Constitución Española de 1978, conjuntamente con el actuar negligente son las únicas causas que posibilitan la privación del derecho de propiedad del *verus dominus*.

¹⁶⁵ **CUENA CASAS, Matilde.** "La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema", en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2008.

¹⁶⁶ En ese sentido, el propietario negligente que inició el proceso de transmisión del derecho de propiedad para evitar responder por cualquier carga o gravamen (negocio simulado o fraude) sí debe resultar afectado con la pérdida de su derecho de propiedad.

IV.4.2 REMEDIOS SUBSIDIARIOS

A) LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL BIEN INMUEBLE

Para entender la pretensión que el *verus dominus* puede accionar contra el tercer adquirente es necesario detenernos y definir qué es la prescripción. Así empezaremos señalando que la prescripción es el modo originario de adquirir la propiedad dispuesto en el Código Civil español que se fundamenta necesariamente en la posesión del bien a usucapir, distinguiéndose dos clases de prescripción adquisitiva del dominio de bienes inmuebles, la ordinaria y la extraordinaria.

La prescripción ordinaria requiere posesión de buena fe (artículo 1950), en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (artículo 1941), con título justo, verdadero y válido (artículos 1952 y 1953) y durante un tiempo determinado, diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (artículo 1957). Mientras que la extraordinaria sólo exige la posesión continuada del inmueble durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes (artículo 1959).

Y como regla especial a partir de lo prescrito en el artículo 1949 del Código Civil español se advertía que contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad sólo cabía la prescripción ordinaria y sobre la base de título inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁶⁷, sin embargo es importante señalar que a partir de la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 237/2014, del 21 de enero de 2014, el artículo 1949 del Código Civil español se entiende derogado¹⁶⁸.

¹⁶⁷ La prescripción contra el registro también es conocida como usucapión contra tabulas porque se produce al margen del Registro y en contra de la literalidad de la inscripción.

¹⁶⁸ Al respecto la sentencia prescribe lo siguiente:

"Sobre ello consideramos que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión contra tabulas.

La actual redacción del artículo 1949 es la originaria del año 1889 (como precedente directo cabe citar el artículo 1946-2º del Proyecto de 1851) y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del artículo 36 de la Ley Hipotecaria -que supone un cambio sustancial- arranca de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y se incorpora al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946.

A partir de la derogación del artículo 1949 del Código Civil, quien pretende la usucapión contra tercero registral sólo le basta con la mera posesión de hecho y en concepto de dueño, unida a los requisitos restantes del Código Civil, pudiendo ser tal usucapión ordinaria o extraordinaria. Cabe añadir que la citada sentencia delimita el alcance del artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, que se configura como una regulación especial de la prescripción que se dirige contra quien tiene inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad¹⁶⁹.

El anterior artículo 35 de la Ley Hipotecaria disponía que «la prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común». Bajo dicho régimen, en la usucapión contra tabulas frente al dueño del inmueble o derecho, el cual conoce -o puede conocer- que otro está poseyendo para adquirir, regía la legislación común del Código Civil, mientras que si se trata de un tercero hipotecario -que no conocía, ni había de conocer, dicha posesión "ad usucapionem"- era necesaria la inscripción que pudiera reflejar dicha posesión, lo que resultaba conforme con el texto del artículo 1949 del Código Civil ; y ello se tratara de usucapión ordinaria o extraordinaria". (énfasis nuestro)

¹⁶⁹ Al respecto la sentencia dispone lo siguiente:

"El nuevo artículo 36 de la Ley Hipotecaria (texto vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1ª) La usucapión que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión "ad usucapionem"; y 2ª) La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

*En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH pues se dice ahora que «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil»; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que **adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria "ad usucapionem"**. En tal caso prevalece contra el "tercero hipotecario" la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el "tercero hipotecario" consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.*

Se trata, en definitiva, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del "tercero hipotecario", que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código Civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria" (énfasis nuestro)

De acuerdo con lo antes expuesto, cualquier pretensión que el *verus dominus* pretenda iniciar contra el tercer adquirente se debe encuadrar en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Como lo señala la sentencia del Tribunal Supremo existen dos supuestos recogidos en este artículo, la prescripción del usucapiente contra el titular inscrito o contra quien adquiere de éste, el tercer adquirente.

Es evidente que si aplicamos la posición del Tribunal Supremo al caso materia de estudio, A se encontraría legitimado para solicitar que se declare la prescripción ordinaria de dominio contra C, ya que A cuenta con título justo, verdadero y válido (que se comprueba con el documento público de compraventa, no con la inscripción de su derecho de propiedad en los Registros Públicos), tiene la posesión de buena fe (desde que adquirió su derecho de propiedad), en concepto de dueño de forma pública, pacífica y no interrumpida (porque ni B ni C han tomado acciones para entrar en posesión del inmueble) y durante un tiempo determinado.

Sobre el tiempo determinado de posesión debemos precisar que el artículo 1957 del Código Civil español requiere que la prescripción ordinaria cumpla un plazo de posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Si lo trasladamos al caso planteado, en principio A cumplirá este plazo no sólo porque se debe contabilizar la posesión que éste ha mantenido sino también la de su causante, tal como lo dispone el artículo 1960 del citado cuerpo normativo¹⁷⁰. Inclusive si se entiende que la buena fe de A (poseedor) se destruye con la posterior inscripción registral de la titularidad de B y en ningún momento C actúa en plazo, artículo 36.1.b de la Ley Hipotecaria, para oponerse a la posesión de A cabe la posibilidad, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional niegue la prescripción ordinaria de A, que se configure la prescripción extraordinaria de dominio. Sólo basta que A lleve poseyendo treinta años como dueño antes de la adquisición de C o que consume dicho plazo dentro del año siguiente a la adquisición de C.

¹⁷⁰ **Artículo 1960 del C.c.-**

En la computación del tiempo necesario para la prescripción se observarán las reglas siguientes:

1.ª El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.

Es importante resaltar que el Tribunal Supremo mediante la sentencia antes comentada confirma la buena fe-diligencia que hemos argumentado en el punto IV.1.4, cuando señala *"que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria "ad usucapionem"*, así advierte que el tercer adquirente será perjudicado por la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición si conoció o pudo conocer la posesión de hecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria¹⁷¹. En el caso materia de análisis resulta inconcebible, y negligente, que C no haya conocido la posesión de hecho de A, *verus dominus*.

Creemos firmemente que es difícil, por no decir imposible, que C no haya podido conocer que B no se encontraba en la posesión inmediata del inmueble, porque como señala el renombrado jurista VALLET DE GOYTISOLO *"no puede ser considerada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de la situación de la finca que pretende adquirir"*¹⁷². Esto debido a que la compraventa de una casa es uno de los negocios jurídicos más importantes que una persona realiza a lo largo de su vida, por lo que un tercer

¹⁷¹ **Artículo 36 de la vigente L.H.-** "Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo treinta y cuatro, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero".

¹⁷² **VALLET DE GOYTISOLO, Juan.** "La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública", en *Revista de Derecho Privado*, 1974, p. 443.

adquirente diligente no se limitaría a verificar su existencia registral sino que se acercaría al inmueble a comprobar su existencia física, incluso entraría para ver la distribución de los espacios, identificaría si hay daños superficiales o estructurales y pediría la documentación del ayuntamiento donde se encuentra el inmueble para cotejar si existe una deuda por el impago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), así como por los servicios de agua, luz, gas natural y las deudas por la Comunidad de Vecinos, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal¹⁷³.

En resumen, de acuerdo a los argumentos antes expuestos en la mayoría de los casos el tercer adquirente tendrá "*medios racionales y motivos suficientes para conocer*" el estado real del inmueble que pretende adquirir con el mínimo de diligencia establecido en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria y así podrá comprobar que estaba siendo poseído por persona distinta del transferente, motivo por el que la prescripción adquisitiva podría operar en contra suya.

¹⁷³ **Artículo noveno de la Ley de Propiedad Horizontal.-**

1. Son obligaciones de cada propietario:

"(...)

e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

(...)

En el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión.

(...)

i) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local.

Quien incumpliere esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir sobre éste.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando cualquiera de los órganos de gobierno establecidos en el artículo 13 haya tenido conocimiento del cambio de titularidad de la vivienda o local por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, o bien cuando dicha transmisión resulte notoria.

(...)"

B) LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Sobre estas dos pretensiones no ahondaremos, pues implicarían la protección del tercer adquirente a través de una aplicación permisiva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin condiciones, lo que supondría desconocer el derecho de propiedad del *verus dominus*, protegido constitucionalmente y desechar la buena fe-diligencia del tercer adquirente, expuesta en el punto precedente y en el IV.1.4.

En el supuesto de que las pretensiones descritas en los puntos IV.4.1 y IV.4.2.A no fuesen aceptadas por el órgano jurisdiccional, la única forma de que A pudiera ser resarcido por el daño que supone que se le prive de la propiedad del inmueble sería solicitar una indemnización por daños y perjuicios¹⁷⁴, artículo 1902 del Código Civil, o por enriquecimiento sin causa¹⁷⁵ contra la persona que falsificó su declaración de voluntad, lo que supone ser una tarea harto difícil porque es necesario ubicarlo.

¹⁷⁴ La indemnización por daños y perjuicios consiste en la pretensión que tiene el acreedor (o perjudicado) para exigirle al deudor (o causante del daño) una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del daño. Así el artículo 1101 del Código Civil: "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*"

Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en contractuales y extracontractuales, en la primera el deudor debe resarcir al acreedor por su incumplimiento de una obligación contractual, en la segunda el resarcimiento no proviene de un contrato, sino que su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas.

Esta indemnización es principalmente de carácter pecuniario, salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica. En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil establece que: "*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.*"

¹⁷⁵ **NÚÑEZ LAGOS, Rafael.** "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", en *R.C.D.I.*, núm. 472, 1969, p. 123-127. El autor indica que los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa exigen un empobrecimiento patrimonial, correlato del enriquecimiento, que fundamente la reclamación. **ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.** "*El enriquecimiento sin causa*", Ed. Comares, 3 Ed., Granada, 1993, p. 155-159. El autor indica que "*el enriquecimiento sin causa se muestra entonces como modulación de los criterios restitutorios codificados. frente a los inadecuados modelos de accesión y posesión y se muestra preferente un nuevo régimen que valora preferentemente el marco social en el cual se realizó la actividad económica o la prestación de trabajo*". "La doctrina del enriquecimiento injustificado" en **DIEZ PICAZO y CÁMARA.** "*Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*", Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 70 y ss. El autor indica que en esta figura se puede distinguir la *condictio* de prestación y la *condictio* por intromisión, en la primera la persona ve aumentado su patrimonio sin causa jurídica por la prestación de otra persona (en una relación jurídica-obligatoria), mientras que la segunda se aplica a los supuestos en que una persona se enriquece a

Efectivamente sólo la persona que falsificó la declaración de voluntad de A puede ser objeto de la pretensión indemnizatoria o la de enriquecimiento sin causa debido a que, como hemos establecido anteriormente, B y C tuvieron buena fe en sus respectivas adquisiciones¹⁷⁶, por lo que carecen de legitimación pasiva en el futuro proceso que pretenda iniciar A, como *verus dominus*, contra ellos.

IV.5 PROPUESTAS

La falsificación de documentos públicos es una realidad, a pesar de que ciertos autores hayan querido negar su existencia desde la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, realidad que contamina la veracidad y exactitud de los Registros Públicos y que finalmente perjudica los derechos reales que tienen los ciudadanos sobre los bienes inmuebles, motivo por el que es necesario la protección de estos adoptando soluciones creativas.

A continuación presentaremos propuestas de *lege ferenda*, que a nuestro juicio consideramos las más acertadas y aplicables en un futuro, de no admitirse nuestra tesis, al caso materia de estudio.

IV.5.1 EL FONDO DE SEGURO DEL SISTEMA TORRENS

Para entender la solución que el Sistema Torrens, adoptado en Australia, brinda desde el aspecto registral, conviene conocerlo un poco más. Australia está compuesta por seis estados federalistas¹⁷⁷ y en todos ellos se aplica indistintamente el mismo sistema

través de la invasión indebida, sin causa o título, de bienes ajenos protegidos para su titular por un derecho absoluto.

¹⁷⁶ Vid. supra nota 151. Si B hubiera actuado de mala fe, en la medida que recibió la contraprestación de C sabiendo que no ostentaba el derecho de propiedad sobre el inmueble también podría ser demandado civilmente.

¹⁷⁷ Australia está dividida en seis estados, dos territorios continentales y otros territorios menores. Los estados son Nueva Gales del Sur (NSW), Queensland (QLD), Australia Meridional (SA), Tasmania (TAS), Victoria

inmobiliario registral. Antiguamente existían dos clases de propiedades por su origen, la derivada de un derecho que provenía de la Corona, que era inatacable e indiscutible y la que podía adquirirse vía *mortis causa* o por acto *inter vivos*, que no gozaban de la misma condición de seguridad que los primeros.

Ante este panorama, donde existía dualidad en la protección de los derechos, Robert Richard Torrens propuso que todos los títulos fuesen directos, como si provinieran de la Corona y, para ello, estableció que la inmatriculación en un Registro Público fuese voluntaria, pero una vez efectuada, la finca quedaba sometida al sistema registral. Esta inmatriculación acreditaba el derecho del que la realizaba, siendo inatacable, y se encontraba íntimamente ligada a la descripción física del inmueble, de forma que la delimitación, medición y comprobación de la existencia de la finca son previas, interviniendo juristas y técnicos (ingenieros topógrafos) que dan certeza de la existencia de su ubicación, superficie, colindancias y otras características de la misma.

Una vez realizada la inmatriculación del inmueble, se procede a su publicación, que contiene los datos del inmueble y del titular del derecho, otorgándose un plazo determinado para que quien tenga interés legítimo se oponga. Si vencido el plazo nadie se opone, se procede a la inmatriculación de la finca y se redacta el Certificado del Título (Deed). Es oportuno señalar que no se habla de propiedad sino de tenencias, ya que con la implantación de este sistema la Corona es dueña de todos los inmuebles de Australia. Es por ello, que hemos mencionado que no se habla de títulos sino de certificados de título.

El título se expide en nombre del Estado por lo que es irrevocable y, a su vez, constituye prueba y soporte de la propiedad, mientras que al interesado se le entrega un certificado de título, que si bien no tiene un efecto real constituye una prueba de la propiedad que necesariamente debe ser cotejada con los asientos que obren en el Libro-Registro.

(VIC) y Australia Occidental (WA). Los dos territorios continentales son el Territorio del Norte (NT) y el Territorio de la Capital Australiana (ACT).

Una de las características más importantes de este sistema y que resulta interesante para el presente trabajo, es la constitución de un fondo de seguro a cargo del propio Registro, que es recaudado como un porcentaje que deben pagar los particulares que obtienen el registro inicial y que se configura como una especie de protección a favor de los propietarios que pudieran ser perjudicados como consecuencia de algún error en la investigación de los títulos o de las superficies, ya que una registración inicial se puede producir con perjuicio del auténtico propietario, el cual puede obtener una indemnización con cargo a dicho fondo de seguro¹⁷⁸.

Este fondo es el que consideramos como una medida de protección efectiva para el *verus dominus* que resulta perjudicado por el documento público falsificado que ingresó a los Registros Públicos y provocó ante la aparición de un tercero hipotecario la pérdida de su derecho de propiedad¹⁷⁹. Además se conjuga con la posición de aquellos que creen necesaria la aplicación total y sin restricción alguna del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, esta medida de protección requiere de ciertos matices para que pueda ser aplicable al sistema registral español. Si bien creemos que el ingreso de los documentos públicos falsificados a los Registros Públicos es un caso de excepción en el sistema, no cabe duda de que esto sucede, motivo por el cual el *verus dominus* debe ser protegido.

De este modo, si la apariencia que protegen los Registros Públicos es la que finalmente determinará la solidez de los derechos adquiridos a su amparo, resulta razonable que sea esta misma entidad (en definitiva el Estado) la que ofrezca una indemnización al propietario inscrito (*verus dominus*) que resulta perjudicado por el documento público falsificado que ingresó. Es importante señalar que el monto de la indemnización debería ser calculado sobre el valor comercial del inmueble en el momento en que el *verus dominus*

¹⁷⁸ **ARRIETA SEVILLA, Luis Javier.** "*El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*", Ed. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 2010, p. 29 y ss.

¹⁷⁹ En la actualidad el sistema Torrens no se circunscribe únicamente a Australia sino que se ha expandido a Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Malasia, Filipinas, Singapur, Kenia, gran parte de Canadá, determinadas zonas de Estados Unidos y, recientemente, Inglaterra y Gales.

conoció o pudo conocer que se extinguió registralmente su derecho de propiedad; es decir, en la fecha del asiento de presentación del título del tercer adquirente¹⁸⁰.

Así, creemos de suma importancia que el fondo de seguros del Sistema Torrens que consideramos posible de ser aplicado al sistema registral español, se sufrague estableciendo un impuesto adicional (pero distinto) a los aranceles de los Registros de la Propiedad prescritos en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, de manera que éste se imponga a todas las inmatriculaciones y transferencias de dominio que se inscriban sobre cualquier inmueble, imposibilitando que este fondo pueda ser utilizado con otro objetivo que no sea el de indemnizar a los titulares registrales, en caso de ingreso de documentos públicos falsos a los Registros Públicos.

Esto implicaría una seguridad para el titular que inmatricula o inscribe su derecho de propiedad pues sabrá con total seguridad que en el supuesto que le suceda lo mismo que sufrió A, será resarcido de manera ágil y sin necesidad de entablar proceso judicial alguno.

IV.5.2 LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR Y LA APLICACIÓN DE LOS SEGUROS

De no adoptarse el fondo de seguros indicado en el punto precedente, es necesario establecer una medida de protección a favor del *verus dominus* que resulta privado de su derecho de propiedad, de lo contrario se legitimaría el despojo de sus bienes sin establecer ningún tipo de responsabilidad de los agentes que participaron en la legitimación de la apariencia.

Es evidente que el ingreso de los documentos públicos falsificados no es responsabilidad exclusiva de la calificación por parte del registrador, cuando se trata de un caso de suplantación de identidad del *verus dominus*, pues quien realiza el primer examen de validez y legalidad es el notario. Por ello creemos acertado establecer una

¹⁸⁰ Interpretación sistemática de los artículos 24 y 34 de la Ley Hipotecaria.

responsabilidad mancomunada en función del grado de culpa, entre notario y registrador, lo que permitiría que el *verus dominus* pueda entablar una pretensión de indemnización por daños y perjuicios contra ambos, que será cubierta por los seguros que cada uno por ley deben tener.

Para los notarios la contratación del seguro de responsabilidad civil es obligatoria y tiene por objeto cubrir las responsabilidades en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo, tal como lo establecen los artículos 24 y 25 del Reglamento Notarial¹⁸¹, respectivamente. Cabe señalar que el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado, prevé el supuesto de que el notario de fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error, sobre la personalidad de estos, por la actuación maliciosa de los mismos, y de ser así se le iniciará un procedimiento disciplinario y se le obligará a indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados, lo que por interpretación podría aplicarse al caso materia de análisis.

Mientras que los registradores pueden contar con un seguro colectivo a partir de lo dispuesto en el artículo 55 del Real Decreto 483/1997¹⁸², de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Cabe añadir que el régimen de responsabilidad de los registradores está regulado principalmente en la Ley Hipotecaria, a partir de los artículos 296 y siguientes.

Mediante la aplicación de una responsabilidad mancomunada entre notarios y registradores se podrá lograr, en el caso de que no se adopte el fondo de seguros descrito anteriormente, tutelar efectivamente los derechos vulnerados del *verus dominus* y lograr el resarcimiento del daño, pudiendo luego el seguro repetir contra el falsificador.

¹⁸¹ Interpretado conjuntamente con lo dispuesto en la Orden de 24 de abril de 1.948, modificada el 16 de noviembre de 1982, del Ministerio de Justicia.

¹⁸² **Artículo 55. Servicio de Responsabilidad Civil.-**

El Servicio de Responsabilidad Civil tendrá a su cargo las siguientes funciones:

(...)

d) Proponer la concertación de pólizas colectivas de seguro para los colegiados.

(...)

IV.5.3 EL NUEVO SISTEMA DE NOTIFICACIONES

Las propuestas antes indicadas son acertadas si se pretende seguir con la exagerada protección, a nuestro parecer, del tercer adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por tanto creemos que adoptar nuevamente el sistema de notificaciones implantado en la Ley Hipotecaria de 1869, con ciertas precisiones, protegería adecuadamente el derecho constitucional de propiedad y reforzaría el principio de fe pública registral.

Contrariamente a la posición expuesta por cierto sector de la doctrina, que señala que el sistema de notificaciones debilita el principio de fe pública registral por recurrir a causas externas para validarlo, creemos que este nuevo sistema de notificaciones que proponemos de ninguna manera lo debilita, por el contrario refuerza el principio de legitimación donde se presume la exactitud y veracidad de los asientos y otorgará plena confianza a los ciudadanos en lo publicitado en los Registros Públicos, incentivando la inscripción de sus derechos reales, que se ven protegidos frente a disposiciones no consentidas por los mismos (como ocurre en el caso del negocio jurídico inexistente hecho por un falsificador) base de una ulterior disposición a un tercero hipotecario.

Si actualmente aplicamos el "**juicio de proporcionalidad**", que realiza el Tribunal Constitucional¹⁸³, al artículo 34 de la Ley Hipotecaria bajo la óptica de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la norma, ésta no lo aprueba¹⁸⁴. Podría

¹⁸³ Así en la sentencia del Pleno del T.C. N° 61/2013, del 14 de marzo de 2013, sobre el derecho de igualdad dicho órgano señaló que *"el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un **juicio de proporcionalidad** en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida"*.

¹⁸⁴ **BARNES, Javier**. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998, Madrid, pp. 35 y 36. El autor indica que *"aún presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte"*. **ALEXY, Robert**. *"Teoría de los derechos fundamentales"*, traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2 Ed., Madrid, 2007, p. 87. Según este autor una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene un efecto negativo en el derecho fundamental del otro titular. Por tanto, cuando ambos derechos se enfrentan debe aplicarse el principio de proporcionalidad, que exige examinar los derechos a través de los sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

considerarse idóneo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ya que la restricción del derecho de propiedad resulta adecuada para asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, pero no es necesario ya que existen otros medios que pueden alcanzar el mismo fin, como la implementación del sistema de notificaciones y tampoco es proporcional, en sentido estricto, porque se prefiere la seguridad jurídica frente al derecho constitucional de propiedad, sin percatarse que legitimando los asientos de inscripción que provienen del ingreso de documentos públicos falsificados a los Registros Públicos, esta seguridad se debilita por sí misma.

Por ello si adaptamos el sistema de notificaciones a la época actual, creemos que supondrá una eficaz tutela del derecho de propiedad del *verus dominus* y de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, pero se debe establecer ciertos límites para que cumpla su objetivo¹⁸⁵. Así de lo expuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1869, compartimos el plazo de treinta días para interponer la demanda que invalide la inscripción, pero no sobre a quién se debe notificar ni cómo se debe realizar tal notificación.

En efecto esta notificación, a diferencia de lo expuesto en el referido artículo, debe dirigirse únicamente al último titular registral del derecho de propiedad, no siendo necesario que se comunique a todos los titulares registrales de los últimos veinte años. Esto debido a que cada vez que se produzca la inscripción de una transferencia de dominio y se produzca la notificación, necesariamente se debe entender que los anteriores titulares registrales fueron válidamente notificados por su inmediato posterior extinguiendo la posibilidad para que aquellos reclamen judicialmente.

Por otra parte creemos que la notificación no debe ser verbal, porque es difícil su prueba, pero sí debe ser resultado de la unión de dos tipos de notificaciones, por edictos y

¹⁸⁵ Actualmente si bien no existe el sistema de notificaciones como tal, resulta válido sostener que podría implementarse debido a que existen supuestos en la L.H. donde se otorga un plazo de tiempo al *verus dominus* para que haga valer sus derechos, como lo dispuesto en los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria, que tratan los casos de herencia e inmatriculación especial, respectivamente.

electrónica¹⁸⁶, de este modo se asegura la comunicación al último titular registral. Cabe advertir que esta notificación electrónica, que puede ser por correo electrónico, se encuentra acorde con la llevanza en formato electrónico del Registro de la Propiedad dispuesta en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁸⁷.

¹⁸⁶ La importancia de la notificación electrónica, se ha recogido en el artículo 253 del Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros, que indica lo siguiente:

Artículo 253.- "Todas las comunicaciones electrónicas con los Registros y las notificaciones electrónicas que el Registrador deba efectuar se realizarán de conformidad con lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a través del sistema de comunicaciones y notificaciones fehacientes establecido por el Colegio de Registradores a través de su Sede Electrónica.

La práctica de las notificaciones en papel se ajustará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las comunicaciones y notificaciones que hayan de dirigirse a las Administraciones Públicas, Notarios, gestores, procuradores y abogados serán preferentemente realizadas en formato electrónico.

Para cualesquiera otras comunicaciones y notificaciones, los interesados podrán hacer constar ante el Registro una dirección postal en España o una o varias direcciones electrónicas a efectos de notificaciones, las cuales podrán modificar posteriormente. Si se hubieran hecho constar varias direcciones electrónicas, las comunicaciones y notificaciones se dirigirán a todas ellas simultáneamente.

Surtirán plenos efectos las comunicaciones y notificaciones realizadas del siguiente modo:

1. Por comparecencia espontánea del interesado ante la oficina del Registro.

2. Mediante notificación electrónica dirigida a la dirección electrónica que el interesado haya hecho constar ante el Registro y, en su defecto, a la dirección electrónica que a efectos de notificaciones figure inscrita en el Registro Civil.

3. Si no constare dirección electrónica, mediante notificación dirigida a la dirección postal que el interesado haya hecho constar ante el Registro y, en su defecto, a la dirección postal que a efectos de notificaciones figure inscrita en el Registro Civil.

4. En defecto de las anteriores, mediante notificación dirigida a la dirección correspondiente al domicilio que del interesado conste en el Registro y, si no constare el mismo, al domicilio registral inscrito en el Registro Civil.

5. Si no constare la dirección, postal o electrónica, ni el domicilio, en uno u otro Registro, o si la practicada en la dirección o domicilio inscritos resultare infructuosa, se tendrá por notificado al interesado mediante la publicación íntegra del acto objeto de notificación en el Boletín Oficial del Estado. Tales anuncios tendrán la consideración de anuncios oficiales expedidos por autoridad competente en cumplimiento de lo previsto en esta Ley, a los efectos establecidos por el artículo 37, apartado 3, del Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre.

Practicada la comunicación o notificación por cualquier medio, conforme a las normas anteriores, se entenderán producidos todos sus efectos, a partir de la primera comunicación, notificación o publicación efectuada".

Cabe precisar que aunque este anteproyecto de ley no ha prosperado, resulta evidente la intención del legislador por aproximarse a la utilización de las nuevas tecnologías que nosotros también proponemos, como se demuestra en el artículo 222.6 del referido anteproyecto, que señala lo siguiente:

"6. El titular registral de cualquier bien o derecho inscritos podrá solicitar del Registro correspondiente la comunicación inmediata de cualquier cambio que se produzca en el historial registral de la finca, como consecuencia de la práctica ulterior de cualquier asiento en el folio real electrónico correspondiente a la misma, o la recepción de cualquier petición de publicidad registral, relativa a ese mismo historial, realizada por tercero. Dicha comunicación habrá de ser realizada, sin necesidad de firma alguna, dentro del día hábil siguiente a la extensión del asiento o la recepción de la petición de información del tercero, mediante correo electrónico y mensaje de texto dirigidos a la dirección de correo y al número de teléfono que a tal fin habrá de suministrar el interesado en su solicitud. La comunicación contendrá una breve reseña del asiento practicado o

Como podemos advertir, con la incorporación a la actual legislación hipotecaria del sistema de notificaciones, a partir de las precisiones antes indicadas, se protege al *verus dominus* en caso de falsificaciones de documentos públicos, lo que repercutirá en la confianza de la ciudadanía en los Registros Públicos y la disminución (o desaparición) del ingreso de este tipo de documentos, como en el caso materia de estudio.

V. CONCLUSIONES

1. **La inexistencia del acto o negocio jurídico sí se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico español** y la podemos encontrar en los artículos 45, 1254 y 1261 del Código Civil, referidos al matrimonio y al contrato, donde podemos advertir que el consentimiento de las partes, en ambos casos, es un elemento esencial para su existencia.

de la petición de publicidad recibida, con indicación, en el primer caso, de la clase de inscripción practicada, la fecha de su autorización o firma y el tipo de operación constatada a través de la misma, y, en el segundo, la clase de publicidad requerida y el interés alegado por el solicitante.

Del mismo modo, el titular registral del dominio sobre cualquier finca inscrita podrá también solicitar del Registro correspondiente el suministro de publicidad relativa a la misma finca, en favor de cualesquiera terceros, mediante la simple activación, por estos, de enlaces informáticos al efecto diseñados e insertados en el portal electrónico que a tal fin designe el titular registral en su solicitud. En tal caso, suministrada al titular registral la dirección informática a la que habrá de reenviar el enlace, la publicidad será constantemente facilitada, mediante la simple activación de dicho enlace, sin necesidad de alegación de interés alguno en el solicitante.

La solicitud será realizada por el titular registral, previa acreditación de su identidad, y tendrá carácter permanente, durante el plazo que el interesado señale, que no podrá exceder de un año, sin necesidad de más renovación que la relativa a los cambios que procedan en la dirección de la página o portal de inclusión del enlace informático que permita la consulta. La solicitud podrá ser siempre reiterada, con inicio de nuevo plazo o prórroga del anterior y con aplicación, en ambos casos, de igual limitación temporal máxima".

¹⁸⁷ **Artículo 19 de la Ley 14/2013.- Organización de los Registros.**

El Registro de la Propiedad y Mercantil estará abierto al público a todos los efectos, incluido el de presentación de documentos, de lunes a viernes desde las nueve a las diecisiete horas, salvo el mes de agosto y los días 24 y 31 de diciembre en que estará abierto desde las nueve a las catorce horas.

Cada Registro de la Propiedad estará a cargo de uno o varios Registradores. El número de Registradores que estarán a cargo de cada Registro de la Propiedad, en régimen de división personal, se determinará sobre criterios objetivos, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Justicia.

Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se llevarán en formato electrónico mediante un sistema informático único en la forma que reglamentariamente se determine. Dicho sistema informático deberá permitir que las Administraciones Públicas y los órganos judiciales, en el ejercicio de sus competencias y bajo su responsabilidad, tengan acceso a los datos que consten en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, si bien, en el caso de las Administraciones Públicas, respetando las excepciones relativas a los datos especialmente protegidos. Dichos accesos se efectuarán mediante procedimientos electrónicos y con los requisitos y prescripciones técnicas que sean establecidos dentro de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad.

Por otra parte, creemos que se han asimilado erróneamente los conceptos de inexistencia y de nulidad, a pesar de que ambos son conceptos completamente distintos, ya que la inexistencia está en el plano de la irrelevancia, mientras que la nulidad está vinculada a la invalidez del negocio jurídico (o ineficacia estructural), tal como lo señalamos en el punto IV.2.1.

2. A pesar que la inexistencia del negocio jurídico se encuentra en el plano de la irrelevancia jurídica, motivo por el que no necesitaría de un pronunciamiento judicial que la declarara, **en términos prácticos es necesario que el interesado la solicite ante el órgano jurisdiccional respectivo, para que éste la declare expresamente.** Debemos advertir que la relación entre el interesado y contra quien se dirigirá la pretensión, para que se declare la inexistencia del negocio jurídico, es una relación jurídica *sui generis* pues en la realidad ésta no existe, ya que entre ellos nunca hubo un acto o negocio jurídico, sino que es la ley que los vincula en virtud de la apariencia, que en el caso propuesto la origina los Registros Públicos.

El fundamento de la legitimidad para que el interesado accione procesalmente está prescrito en el artículo 24 de la Constitución, mientras que la obligación del Juez de pronunciarse sobre la solicitud de declaración de inexistencia está establecida en el artículo 117 de la Constitución, que se deriva de la obligación del Estado de administrar justicia.

3. La protección de la apariencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria necesariamente exige que el tercer adquirente cumpla con los requisitos contenidos en el referido artículo **(buena fe, onerosidad, adquirir de quien figura como titular del derecho e inscripción de su derecho propio)** y además nosotros creemos que debe valorarse la **negligencia del *verus dominus***, argumento recogido en el punto IV.1.5, puesto que la ley claramente ha establecido consecuencias negativas a este comportamiento con la pérdida de la propiedad teniendo como ejemplos el abandono de la cosa, el supuesto de doble disposición por título de compraventa, la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria del poseedor, artículos 460, 1473, 1957 y 1959 del Código Civil, respectivamente.

Es por ello que resulta fundamental analizar el comportamiento del *verus dominus*, pues no debe privarse ni despojarse del bien a su legítimo propietario por hechos ajenos a su esfera de poder (siendo en el caso propuesto la transferencia del inmueble en virtud de un documento público falsificado) con mayor razón cuando éste ha actuado diligentemente inscribiendo su derecho de propiedad en los Registros Públicos. De lo contrario no sólo se estaría castigando al *verus dominus* con la pérdida de la propiedad (a pesar de que la inscripción de este derecho es declarativa, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley Hipotecaria) sino que se desvirtuaría y desincentivaría la inscripción, eje sobre el que funciona el sistema registral, puesto que los Registros Públicos no otorgarían ningún tipo de "seguridad jurídica".

4. Es necesario señalar que para la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no sólo se deben cumplir con los requisitos de este artículo, señalados precedentemente, sino que la validez del contrato del tercer adquirente también estará subordinado a la existencia de todos los elementos del contrato (**consentimiento, objeto cierto, causa y las formalidades prevista por ley**) y además **no debe atentar contra la moral ni el orden público**, artículos 1261 y 1255 del Código Civil, respectivamente.

Respecto al orden público consideramos que es el conjunto de derechos fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico. En el caso materia de análisis resulta imposible que el sistema registral atribuya efectos *iuris et de iure* de validez y exactitud a asientos practicados sobre la base de negocios jurídicos inexistentes, provocando un resultado contrario al orden público y al margen del excesivo formalismo del Tribunal Constitucional para señalar cuáles son los derechos fundamentales prescritos en la Constitución española, es necesario incluir al derecho de propiedad como un derecho fundamental a la luz de lo dispuesto en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Carta de de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸⁸, tal como expresamos en el punto IV.4.1, de tal manera que si en la celebración del negocio jurídico a favor del tercero hipotecario se afecta el derecho de

¹⁸⁸ Vid. supra nota 156.

propiedad de un tercero ajeno, que fue un propietario inscrito y que no ha puesto en marcha ningún proceso transmisivo, este negocio jurídico es nulo.

5. **La buena fe que se le exige al tercer adquirente no se equipara a la buena fe-desconocimiento sino a la buena fe-diligencia**, tal como lo expresamos en el punto IV.1.4, pues debemos realizar una interpretación unitaria de la Ley Hipotecaria. Esto se desprende de un análisis conjunto de lo prescrito en los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, siendo incongruente que se exija un tipo de buena fe distinta en cada artículo.

Además esta buena fe-diligencia ha sido ratificada por las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo N° 5823/2007, del 7 de septiembre de 2007 y N° 237/2014, del 21 de enero de 2014, donde se establece como criterio exigible al tercer adquirente el conocimiento real o presunto de la situación posesoria. Nosotros creemos que los requisitos mínimos que se le debe exigir al tercer adquirente para que evidencie su buena fe es la inspección física del inmueble que pretende adquirir, que se acerque al ayuntamiento donde se encuentra el inmueble para cotejar si existe una deuda por el impago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), que averigüe sobre las deudas por los servicios de agua, luz, gas natural y las deudas por la Comunidad de Vecinos, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal.

6. En el caso materia de análisis, existen dos transferencias posteriores a la inscripción de A como titular registral, las transferencias a favor de B y C. Como hemos indicado en el punto IV.4.1, debemos diferenciar dos etapas, primero la transferencia a favor de B que debe ser declarada inexistente porque A nunca otorga su consentimiento para transferir su derecho de propiedad, siendo de aplicación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria a falta de norma referida explícitamente a negocios jurídicos inexistentes. Mientras que la transferencia a favor de C debe ser declarada nula porque afecta el derecho fundamental de A de no ser despojado ni privado de su propiedad cuando este adoptó todas las medidas necesarias para protegerla, lo que conlleva a la vulneración del orden público, no siendo de aplicación el artículo 34 de la citada ley.

7. Es necesario advertir que la realidad extrarregistral normalmente prevalecerá sobre la realidad registral, ya que en el supuesto de que no se acepte nuestra tesis descrita en el punto IV.4.1, el *verus dominus* siempre tendrá la posibilidad de alegar la prescripción adquisitiva ordinaria (donde a su plazo de posesión se la debe sumar el de su causante, artículo 1960 del Código Civil) e inclusive la extraordinaria, tal como hemos expuesto en el punto IV.4.2, razón por la que **sin perjuicio de la normativa registral que pretende legitimar la adquisición de los terceros hipotecarios en virtud de la apariencia, la posesión del *verus dominus* podrá prevalecer en ciertas circunstancias frente a la titularidad registral del tercer adquirente, transformándose luego en el derecho real de propiedad, derecho que el *verus dominus* siempre tuvo.**

8. A pesar de las similitudes existentes entre el ordenamiento registral peruano y español tanto de principios como de procedimientos, plasmados en el Reglamento General de los Registros Públicos (Perú) y la Ley Hipotecaria (España), cuando se aborda el supuesto de inscripción de documentos públicos falsos en los Registros Públicos (Registro de la Propiedad) el ordenamiento peruano se ha decantado por la protección del *verus dominus* desde una óptica de la defensa del derecho de propiedad con un fundamento constitucional, mientras que el ordenamiento español ha optado por proteger al tercer adquirente en virtud de la "seguridad jurídica" que se le debe otorgar al tráfico inmobiliario, ignorando que con esta excesiva protección se desvirtúa la inscripción registral, pues el tercer adquirente que hoy es protegido por el sistema registral, mañana puede ser víctima del mismo sistema.

9. Finalmente, de las soluciones propuestas de *lege ferenda* en el punto IV.5, creemos que **las más acertadas son la adopción conjunta del fondo de seguro del Sistema Torrens y el nuevo sistema de notificaciones**, que no son excluyentes entre ellas, ya que de esta manera se protegería eficazmente el derecho de propiedad del *verus dominus*, en caso de falsificaciones y/o suplantaciones de identidad, lo que fortalecería la presunción de exactitud y veracidad de los asientos y generaría confianza en la ciudadanía que necesariamente se proyectará en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALEXY, Robert.** *"Teoría de los derechos fundamentales"*, traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2 Ed., Madrid, 2007.
2. **ÁLVAREZ CAPEROCHÍPI, José Antonio.** *"Derecho inmobiliario registral"*, Ed. Jurista, Lima, 2010.
3. **ÁLVAREZ CAPEROCHÍPI, José Antonio.** *"Derecho Inmobiliario Registral. Semblanza y Estudio Preliminar de Gunther Hernán Gonzales Barrón"*, núm. 4, Ed. Jurista Editores, Lima, 2011.
4. **ÁLVAREZ CAPEROCHÍPI, José Antonio.** *"El enriquecimiento sin causa"*, Ed. Comares, 3 Ed., Granada, 1993.
5. **APARICIO CARRILLO, María Dolores y SÁNCHEZ ESTRELLA, Paloma.** *"Inventario de las Contadurías de Hipotecas del Archivo Histórico Provincial de Sevilla"*, en *Revista TRIA*, núm. 12, 2005.
6. **ARRIETA SEVILLA, Luis Javier.** *"El Torrens title y el Registro de la Propiedad español"*, Ed. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 2010.
7. **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** *"Código Civil Comentado "*, Ed. Gaceta Jurídica, tomo V, 1 Ed., Lima, 2003.
8. **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** *"Para leer el Código Civil"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 Ed., Lima, 1984.
9. **BARNES, Javier.** "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998, Madrid.
10. **BETTI, Emilio.** *"Teoría general del negocio jurídico"*, Ed. Revista de derecho privado, 2 Ed., Madrid, 1959.
11. **BRAGE CAMAZANO, Joaquín.** *"Los límites a los derechos fundamentales"*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
12. **CÁRDENAS, FRANCISCO DE.** *"Memoria histórica de los trabajos de Comisión de Codificación"*, Ed. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1871.
13. **CARIOTA-FERRARA, Luigi.** *"El Negocio Jurídico"*, Ed. Ediciones Aguilar, Madrid, 1956.
14. **CASTILLO FREYRE, Mario.** *"Estudios sobre el contrato de compraventa"*, Ed. Ediciones Legales, Lima, 2003.

15. **CHICO Y ORTIZ, José María.** *"Estudios sobre derecho hipotecario"*, Ed. Marcial Pons, 4. Ed., tomo II, Barcelona, 2000.
16. **CUENA CASAS, Matilde.** "Comentario de la Sentencia del T.S. de 5 de marzo de 2007. Alcance del art. 34 LH en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral" en **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano.** *"Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Vol. 1 (2005-2007)"*, Ed. Dykinson, 1 Ed., Madrid, 2008.
17. **CUENA CASAS, Matilde.** "La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema", en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2008.
18. **DE CASTRO Y BRAVO, Federico.** *"El negocio jurídico"*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
19. **DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso.** *"Instituciones de derecho civil"*, Ed. Alianza Editorial, Tomo I, Madrid, 1977.
20. **DE LOS MOZOS, José Luis.** *"El Negocio Jurídico. Estudios de Derecho Civil"*, Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1987.
21. **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *"El Contrato en general, Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.
22. **DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.** "El concepto de causa en el negocio jurídico", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, Fascículo 1, Enero-Marzo de 1963.
23. **DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.** "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas", en *"Leyes Hipotecarias y Registrales en España. Fuentes y evolución"*, Ed. Castalia, Madrid, 1974.
24. **DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.** *"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial"*, 4 Ed., Vol. 3. Madrid, 1995.
25. **DIEZ PICAZO y CÁMARA.** *"Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa"*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
26. **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** *"Sistema de derecho civil"*, Ed. Tecnos, 4 Ed., Vol. 1, Madrid, 1982.
27. **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** *"Sistema de Derecho Civil"*, Ed. Tecnos, 7 Ed., Vol. 3, Madrid, 2001.
28. **DIEZ PICAZO y GULLÓN.** *"Sistema de Derecho Civil"*, Ed. Tecnos, 9 Ed., Vol. 2, Madrid, 2001.
29. **DUCCI CLARO, Carlos.** *"Derecho civil"*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1988.

30. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *"Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 Ed., Lima, 2005.
31. **ESPÍN, Eduardo,** "La Sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión", en *Revista de Derecho Privado*, 1943.
32. **FALZEA, Angelo.** *"Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica"*, Ed. Giuffrè, Vol. 2., Milán, 1997.
33. **FORNO FLOREZ, Hugo.** "La oferta al público: razones para una discrepancia", en *Revista Derecho*, núm. 45, 1991.
34. **GALGANO, Francesco.** *"El negocio jurídico"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
35. **GALINDO Y DE VERA, León y ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael de la.** *"Comentarios a la legislación hipotecaria de España"*, Ed. Tip. A. Marzo, 4 Ed., Tomo II, Madrid, 1899.
36. **GARCÍA GARCÍA, José Manuel.** *"Derecho inmobiliario registral o hipotecario"*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
37. **GARCÍA TOMA, Víctor.** *"Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993"*, Ed. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Tomo II, Lima, 1998.
38. **GOMEZ DE LA SERNA, Pedro.** *"Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación"*, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862.
39. **GONZALES BARRON, Gunther.** *"Derecho Notarial Temas Actuales"*, Ed. Ediciones Legales, 1 Ed., Lima, 2001.
40. **GONZALES BARRON, Gunther.** *"La Constitución rechaza el Derecho Registral 'extremista'. Crítica al fetichismo registral"*, Ed. Gaceta Constitucional, Tomo 66, Lima, 2003.
41. **GONZÁLEZ, Jerónimo** *"Estudios de Derecho Hipotecario y Civil"*, Ed. Civitas, 1. Ed., Madrid, 2009.
42. **GORDILLO CAÑAS, Antonio.** "El Principio de Fe Pública Registral". Parte I, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Fascículo 2, Abril-Junio de 2006.
43. **HERNÁNDEZ GIL, Antonio** *"Algunos problemas en torno a la posesión"*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1951.

44. **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción.** "Buena fe hasta la inscripción", en *Revista jurídica del notariado*, núm. 63, 2007.
45. **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción.** "El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.
46. **JIMENEZ PARIS, Teresa Asunción.** "El momento de la buena fe", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
47. **LACRUZ BERDEJO, José Luis.** "Elementos de Derecho Civil I. Parte General de Derecho Civil. El Derecho Subjetivo", Ed. Bosch, Vol. 3, Barcelona, 1984.
48. **LACRUZ BERDEJO, José Luis.** "Estudios de Derecho privado común y foral, T. I. Parte general y reales", Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
49. **LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA.** "Derecho inmobiliario registral", Ed. Bosch, Barcelona, 1968.
50. **MARÍN PÉREZ, Pascual** "Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1943.
51. **MÁS Y MONZÓ, Felipe.** "Ley hipotecaria reformada", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1871.
52. **MONTERDE GARCÍA, Juan Carlos.** "Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861", Ed. Colegio de Registrados de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
53. **MORALES HERVÍAS, Rómulo.** "Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano", en *Revista del Foro*, núm. 1, 1998.
54. **MORALES HERVIAS, Rómulo.** "Código Civil Comentado", Ed. Gaceta Jurídica, Tomo I, 2 Ed., Lima, 2007.
55. **MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo.** "La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, p. 1973.
56. **NÚÑEZ LAGOS, Rafael,** "Realidad y Registro", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1945.
57. **NUÑEZ LAGOS, Rafael.** "El registro de la propiedad español", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 250 y 251 , 1949.
58. **NÚÑEZ LAGOS, Rafael.** "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, 1969.

59. **PAU PEDRÓN, Antonio.** *"Elementos de Derecho Hipotecario"*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2 Ed., Madrid, 2003.
60. **PELAYO HORE, Santiago.** "La reforma hipotecaria", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 336, 1945.
61. **RICA Y ARENAL, Ramón de la.** *"Comentarios a la ley de reforma hipotecaria"*, Ed. Aguilar, Madrid, 1945.
62. **ROCA SASTRE, Ramón.** *"Derecho hipotecario"*, Ed. Bosch, 5 Ed., Tomo I, Barcelona, 1954.
63. **ROCA SASTRE, Ramón.** *"Estudios de Derecho Privado"*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2 Ed., Tomo I, Madrid, 2009.
64. **ROCA SASTRE, Ramón.** *"La nueva ley de reforma hipotecaria (Breve examen informativo-crítico)"*, Ed. Reus, Madrid, 1945.
65. **ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL.** *Derecho Hipotecario*, 8 Ed., Vol. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
66. **RODRÍGUEZ OTERO, Lino.** *"La ley hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.
67. **RUBIO CORREA, Marcial.** *"La invalidez del acto jurídico"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.
68. **SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma.** *"Reflexiones sobre el tercero hipotecario"*, Ed. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
69. **SACCO, Rodolfo.** *"La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato"*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1949.
70. **SANZ FERNÁNDEZ, Ángel.** "Un aspecto de la fe pública registral", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 337, 1945.
71. **SANZ FERNÁNDEZ, Ángel.** *"Instituciones de Derecho Hipotecario"*, Ed. Reus, Tomo I, Madrid, 1947.
72. **SCOGNAMIGLIO, Renato.** *"Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico"*, Ed. Grijley, Lima, 2004.
73. **SERNA VALLEJO, Margarita.** *"La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español"*, Ed. Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 1996.

74. **VALLET DE GOYTISOLO, Juan.** “La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública”, en *Revista de Derecho Privado*, 1974.
75. **VALLET DE GOYTISOLO, Juan.** *"Estudios sobre derechos de cosas. Temas generales"*, Ed. Montecorvo, 2 Ed., Madrid, 1984.
76. **VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario.** "Publicidad registral, seguridad del mercado y estado social", en *Anuario de Derecho Civil*, N° 4, octubre-diciembre 2005.
77. **VIDAL RAMÍREZ, Fernando.** *"El acto jurídico"*, Ed. Gaceta Jurídica, 4 Ed., Lima, 1999.
78. **ZUSMAN TINMAN, Shoschana.** "Teoría de la invalidez y la ineficacia", en *Ius et Veritas*, núm. 7, año IV, 1993.
79. **ZUSMAN TINMAN, Shoschana y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *"Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos. En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil"*, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, Lima, 1980.

SENTENCIAS

1. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el Expediente N° 00030-2004-PI/TC.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el Expediente N° 00043-2007-AA/TC.
4. Sentencia de la Corte Suprema peruana emitida en la CASACIÓN N° 227-2002-AREQUIPA.
5. Sentencia de la Corte Suprema peruana emitida en la CASACIÓN N° 1617-1999-LIMA.
6. Sentencia de la Corte Suprema peruana emitida en la CASACIÓN N° 4094-2001-LA LIBERTAD.
7. Sentencia de la Corte Suprema peruana emitida en la CASACIÓN N° 1208-2006-PIURA.
8. Sentencia de la Corte Suprema peruana emitida en la CASACIÓN N° 2199-2006-LAMBAYEQUE.
9. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de octubre de 2012.
10. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Marckx contra Bélgica del 13 junio 1979.
11. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 5 de febrero de 2002 (709/2002).
12. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 7 de diciembre de 2004 (7909/2004).
13. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 18 de febrero de 2005 (1007/2005).
14. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 25 de febrero de 2005 (1196/2005).
15. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 30 de diciembre de 2005 (8306/2005).
16. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 11 de octubre de 2006 (6598/2006).
17. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 7 de noviembre de 2006 (6762/2006).
18. Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español del 13 de febrero de 2007 (699/2007).
19. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 5 de marzo de 2007 (1192/2007).
20. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 16 de marzo de 2007 (1627/2007).
21. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 20 de marzo de 2007 (1604/2007).
22. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 7 de septiembre de 2007 (5823/2007).
23. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 10 de octubre de 2007 (6170/2007).
24. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 5 de mayo de 2008 (2563/2008).

25. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 14 de mayo de 2008 (2750/2008).
26. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 2008 (3054/2008).
27. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 22 de septiembre de 2008 (4775/2008).
28. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 8 de octubre de 2008 (5353/2008).
29. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 20 de noviembre de 2008 (6233/2008).
30. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 18 de diciembre de 2008 (7035/2008).
31. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 6 de marzo de 2009 (1143/2009).
32. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 20 de abril de 2009 (2225/2009).
33. Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español del 1 de junio de 2009 (3961/2009).
34. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 19 de abril de 2010 (2690/2010).
35. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 23 de abril de 2010 (3299/2010).
36. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 30 de abril de 2010 (2162/2010).
37. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 20 de julio de 2010 (4215/2010).
38. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 10 de noviembre de 2010 (6377/2010).
39. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 31 de marzo de 2011 (2674/2011).
40. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 13 de mayo de 2011 (2900/2011).
41. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 11 de diciembre de 2012 (9198/2008).
42. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 16 de enero de 2013 (4/2013).
43. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2013 (61/2013).
44. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo español del 21 de enero de 2014 (237/2014).